



TITLE:

ROMAHOPEDIA (PARS TERTIA)

AUTHOR(S):

柴田, 光蔵

CITATION:

柴田, 光蔵. ROMAHOPEDIA (PARS TERTIA). 2014

ISSUE DATE:

2014-10

URL:

<http://hdl.handle.net/2433/191016>

RIGHT:

ラテン語法格言めぐり (続)

目次

はじめに

- | | |
|--------------------------------------|--|
| <u>< 1 ></u> | 「役権は控えめに利用されるべきである。」 |
| <u>< 2 ></u> | 「元首は法律から免れている。」 |
| <u>< 3 ></u> | 「一二表法は、すべての公・私法の源である。」 |
| <u>< 4 ></u> | 「市民法は、法律、平民会議決、元老院議決、元首の裁決、法学者の権威に由来するものである。」 |
| <u>< 5 ></u> | 「誰も、他人のために、契約することはできない。」 |
| <u>< 6 ></u> | 「知ってはいるが、防ぐことができない人は、過失責任を免れる。」 |
| <u>< 7 ></u> | 「選挙は、方式に則り、自由に、何らの中断もなしに、なされるべきである。」 |
| <u>< 8 ></u> | 「合意においては、文言よりも、契約締結者たちの意思が、むしろ考慮される。」 |
| <u>< 9 ></u> | 「窃盗は、盗む意思なしには、犯されない。」 |
| <u>< 1 0 ></u> | 「法務官は、法を言明することはできるが、法を作ることはできない。」 |
| <u>< 1 1 ></u> | 「信義は守られるべきである。」 |
| <u>< 1 2 ></u> | 「未発生損害とは、まだ生じていないが、しかし、それが生ずるのではないかと、私たちが恐れている損害のことである。」 |
| <u>< 1 3 ></u> | 「悪意は年齢を補充する。」 |
| <u>< 1 4 ></u> | 「法格言のかたち」 |
| <u>< 1 5 ></u> | 「訴権がなければ、何らの裁判もない。」 |
| <u>< 1 6 ></u> | 「加害責任は頭格に随伴する。」 |
| <u>< 1 7 ></u> | 「養子縁組は自然を模倣する。」 |
| <u>< 1 8 ></u> | 「自由は、実力もしくは法によって阻止されているのでない限り、人がなすこと好むことの、自然の権能である。」 |
| <u>< 1 9 ></u> | 「占有は、法上のものではなくて、事実上のものである。」 |

- [< 2 0 >](#) 「権威は重みの中にある。」
- [< 2 1 >](#) 「遺言は、ある人がその死後になされることを望むことに関する、私たちの意思の、正しい判断である。」
- [< 2 2 >](#) 「君は私に事実を与えよ。私は君に法を与えるであろう。」
- [< 2 3 >](#) 「私は、暴力が行使されることを禁止する。」
- [< 2 4 >](#) 「執政官は、国家が何らかの損害を蒙ったりしないように、配慮すべきである。」
- [< 2 5 >](#) 「人の法に関する最上位の区分は、すべての人が、自由人であるか、あるいは奴隷であるか、という、このことである。」
- [< 2 6 >](#) 「私たちは、ただ一人の人の権力の下に、あるいは自然に従って、あるいは法に従って、服属している多くの人々を、本来の法に従った家族と言う。」
- [< 2 7 >](#) 「自身の恥辱を申立てる人は、聴きいれられるべきではない。」
- [< 2 8 >](#) 「父は婚姻が示す人である。」
- [< 2 9 >](#) 「分野別の格言一覧 : [I] 法一般
- [< 3 0 >](#) 「分野別の格言一覧 : [II] 総論
- [< 3 1 >](#) 「分野別の格言一覧 : [III] 人に関する法
- [< 3 2 >](#) 「分野別の格言一覧 : [IV] 刑法
- [< 3 3 >](#) 「分野別の格言一覧 : [V] 物権法
- [< 3 4 >](#) 「分野別の格言一覧 : [VI] 債権法
- [< 3 5 >](#) 「分野別の格言一覧 : [VII] 訴訟法

— ・ — ・ — ・ — ・ — ・ —

はじめに

本編は、「ローマ法便覧」の「第二部」の「続編」に当たるものです。そこにも「ラテン語法格言めぐり」の部門が収録されています。それとこれを合わせますと、取りあげられた項目の数は、計九〇ほどになりますが、これをもって、「格言ないしはそれに類するもの」を手がかりにしながら、「ローマ法の語り部」としてローマ法を「語る」、という昔ながらの、筆者の仕事は、「終了」とさせて頂きましよう。これからは、「タテマエとホンネ」という「二項対比」の分析方式を活用しながら、わが日本の「法・法文化」の「実相」というものを分析する仕事を継続していく所存です。ひょっとすると、その、未来の（？）成果の一端は、「巨大なブログ（？）」の集積版として、京都大学の管理するデータベースである「紅（K U R E N A I）」の舞台の「第四幕」のところに、登場してくれるかもしれません。蛇足ながら、これを、七八才もの老齢に近づいた筆者の、二〇一四年一〇月段階

におけるコメントと、させて頂きましよう。今回も、京都大学法学部図書係長である中尾佳樹氏に、技術指導を初めとして、色々とお世話になりました。厚く御礼申しあげます。

< 1 > 「役権は控えめに利用されるべきである。」

(1) < S e r v i t u t i b u s c i v i l i t e r u t e n d u m e s t . > が、この日本語命題の元となったラテン語表現です。そこに見える < c i v i l i t e r > という言葉は、実に微妙なニュアンスの副詞です。これには、「控えめに」という訳を、ひとまず付けておきましたが、その他に、「立派な市民 (c i v i s) にふさわしく」、「権利 (タテマエ) を振りかざしたりせずに」、「配慮・思慮・節度を持って」、「惜しみながら」、「紳士的に」、「常識的に」、「遠慮がちに」、「穏便に」、「あまり目だたないかたちで」、「スマートに」、「ソフトに」といった訳語を付けていくことも、可能です。筆者の知る限りでは、「ホンネ (実用面)」に気を配っている、このような、含みも持った柔らかな表現は、「タテマエ (制度) 論」を真正面から打ちだすことを、その本来の使命としているような「法規定」の中には、あまり多くは見あたりません。なお、いわゆる「ローマ法大全」の中核をなす「学説彙纂」の中に収められているこの法文資料には、上記のような、論理的にしっかりとした言い回しが、登場してくるわけではなくて、文字通り、「控えめに」、文末に、その < c i v i l i t e r > がそっと添えられているだけです (法学者・ケルススの学説法文の場合)。後述するように、「役権」は、最高の権利と位置づけられている所有権にも堂々と対抗できる、強力な権利 (物権) なのですが、そのような所有権でさえも、抑制的に行使されることがそれなりに法社会から求められるようになってきた後代にあっては、それとパラレルなかたちで、人が、「タテマエ (法の構え)」を最大限に利用して、役権を所有権者に対して冷酷に行使する、といったような振舞に、ブレーキを掛ける発想も、生まれてきたのでしょうか。これは、法が「ソフト化」していく「進化」の一つの表われ、と見ることができます。もちろん、この現象は、法の「ルース化」の発生をも意味し、法の墮落や衰退にも繋がる動きの表われとも言えるのですが、それでも、世間の人々の常識や、それぞれの時代に必要上形づくられていく社会慣行にマッチするものであるだけに、物事のマイナス面ばかりに注目する、批判的なものの見方に引きずられてしまうことには、問題もあるでしょう。

(2) 「役権 (s e r v i t u s) 」という権利は、元々は、平たく言うなら、たとえば、「他人所有のある土地 (仕える側の土地 = 承役地) が、ある人所有の土地 (支配する側の土地 = 要役地) の役に立つようになる」という状況を生みだす力の元となる特別の権利 (地役権 = 制限物権) のことです。なお、「土地が土地に役だつ」という、このような「物的な構造」のもの他に、「土地が人に役だつ」という「人的な構造」のものも、歴史には登場してきます。

(3) 古い国においてはどこでもそうでしょうが、人が生きていくためには、水の確保は、不可欠です。イタリア半島の背骨を形成している、巨大なアペニン山脈からは、豊かな水が流れでているのですが、中部イタリアのラティウム平原に位置するローマでは、確かに、近くにはティベリス川が流れていても、その川や、それほど多くない泉などから水を日常生活や農業経営などのために引きこむには、色々とお苦勞がありました。そこでは、「水争い」は、日常茶飯事だったでしょう。これほど水資源に恵まれているわが日本でも、そうですから、極度に乾燥した地

中海世界での「水問題」の重苦しさは、ご理解頂けるはずです。

(4) ローマ人は、そのような「水」関連のトラブルを回避するために、きっちりとした法ルールを、長い時間を掛けて編みあげてきたのです。

①いったん「引水」用の役権が法律行為によって設定されますと、その負担は、いわば土地に付属したものと扱われ、土地（承役地）の所有権者が変わる事態になっても、役権負担状態が継承されていきます。同じようにして、水を貰う側の土地（要役地）の所有権者が変わっても、引水のメリットは引き継がれます。このようにして、隣人間の「水関係」は、安定した制度として、確立されることになったのです。特定の人と特定の人との間にだけ、拘束関係を生みだす、柔らかい構造の「債権」では、このような芸当はできません。ここでは、どうしても、硬い構造の「物権」に登場して貰う必要があるのです。

②社会生活において大切なものとなっている引水役権は、ローマ法上、土地、奴隷、大型家畜と並んで、重要物と位置づけられている「手中物」に属するものなので、このタイプのもの専用の、「握取行為」という、厳格な要式行為を経なければ、設定することはできません。これらの手続には公示性がしっかりと備わっていますので、世間にも、水を引くための法的装置がきちんと設定されたことが、知られることになるでしょう。

③先の「握取行為」では、元々、役権取得の対価は、設定手続過程の中で支払われていましたが（贈与などの無償の場合も、もちろん、あります）、後には、象徴的な代価支払（たとえば、一円のような定額の、シンボルとしての代価の支払）方式に変わり、これで、その握取行為は、形式化し、更には儀式化します。ここでは、対価は、別途、支払われることになっていました。

④「水の道」を確保する場合のことほどではありませんが、「人の道」を確保していくのも、もちろん大切なことなので、極く古い時代には、先の「引水」の権利や、後述の「通行」の権利は、最強の物権である所有権にも類似するような扱いも、受けていたようです。「機能的に制約されている状態の所有権」というようにです。

⑤最古の地役権は、後に、機能的に整理されて、四つの類型に分けられています。人が歩き、また、馬に乗って行くための「通行役権」、家畜を通らせるための「家畜通路役権」、荷物運搬のための車道を確保する目的を持った「車通行役権」（先の通行役権と家畜通路役権を纏めたもの）、水を引くための「引水役権」で、後代には、これに、水を汲むための「汲水役権」、家畜を水飲み場へと移動させるための「飲水役権」、家畜を放牧するための「家畜放牧役権」などが、加わってきます。これらは「農業用の土地のための地役権」と総称されますが、やがて、この分野で時間を掛けて磨かれてきた法技術は、「土地」ではなくて、「建物」をターゲットにした「建物役権」の編みあげへと繋がっていきます。都市の過密化・高層化に伴って住環境が極度に悪化してきたために頻発する、日常的なトラブルを、合理的に解決するために、「やり放題」の実態に対して、法的規制を掛ける必要が生まれてきたからです。

⑥「建物役権」には、以下のものがあります。隣接地へ雨水などを放出するための「雨水役権」、雨水を樋で導いて流出させるための「流出役権」、自身所有の建物の梁木を隣家の梁木に差込ませて貰うための「梁木差込役権」、隣家の建築設備で自身所有の建物を支えさせて貰うための「支柱負担引受役権」、隣人に現状より高く建物を建築させないようにするための「高く建てさせない役権」や、更に、出窓を作るためとか、眺望を確保しておくためとかの役権など、色々なヴァリエーションのものも、設定が可能です。

(5)「役権」の中核である「地役権」は、「土地が特定の土地に役だつ」かたちになっているのですが、「土地が特定の人に役だつ」仕組みが、考案されるようになりました。それが、「人役権」としての「用益権」です。学説法文には、「用益権は、他人の物を、物の実質を保全しながら、利用し、収益する権利である。」という、きれいな定義規定が置かれていますが、ここでは、単に日常的に利用するだけではなくて、収益することまでも可能にする地位が、用益権者に保証されています。しかも、これは、所有権クラスの待遇を受けている、内容の豊かな権利(物権)なのです(単なる債権では、ありません)。この特典を享受できる典型的なケースの一つは、家長である夫と死別した寡婦が、家長の遺言などで、特別に、ある土地に対する用益権を貰うかたちで、設定されます。その土地本体の所有権者となった人(多くは、相続人)は、利用・活用拔きの、いわば「空洞化された」所有権しか持てないわけですから、法は、バランス上、その用益権をその寡婦専用のもものと位置づけました。彼女は、その貴重な権利を、他人に譲渡すること、相続によって他人に移転すること、できません。なお、「特定の人に便益だけを与える」制度としての用益権の発想は、「土地」以外の物の場合にも、転用されています。「住居権」とか「奴隷の使役権」とかが、それに属します。

(6)「役権」については、表題の格言以外にも、珍しく、格言がいくつも作成されています(これらは、ローマ人の作品とは限りません)。これは、役権というものが重要な社会装置であると、考えられていたことを、示していますね。「役権は、作為を内容とすることはできない。」、「誰にも、自身の物は、役権として役だたない。」、「役権の目的は、永続的なものでなければならない。」、「役権の数は限定されていない。」、「役権は部分については取得されることはできない。」などが、これです。

< 2 > 「元首は法律から免れている。」

(1)この命題に対応するラテン語は、日本でもかなりよく知られている< *Princeps legibus solutus est* . >です。現代流に言えば、「君主は法律の拘束から免れている。」とか、「君主には法律遵守義務はない。」とかいった表現になってきますが、これは、いわゆる「君主無答責の原則」を生み出す母胎となった言い回しです。後代においてこういった政治理念が定着するまでには、多くの時間が必要でした。

(2)この格言のベースになった学説法文(ウルピアーヌスの作品)では、初代の元首アウグストゥスが、その妻に、自身の場合と同じように、婚姻制限などに関する、後一世紀制定のある法律の設けている制約を免れるようにさせた、という過去の時代経過が伝えられているのですが、しかし、ウルピアーヌスは、この法命題を、ずっと後の二世紀ごろに作りだしています。元首政の最盛期に当たるその当時に、「法律遵守の義務の免除」の発想が既に確立するようになっていたのでしょう。もちろん、これは、その当時では、書き手の法学者個人の見解に過ぎません。また、彼は、「元首の認めたことは、法律の効力を持つ。」と、言いきってもいます。ここまでくれば、「元首(皇帝)は法律の上に立っている」と明言される状態にまで、事態が進んでいることになりますね。これらの学説命題は、六世紀になって編纂された、いわゆる「ローマ法大全」という大法典の中核を形成する「学説彙纂」の中に取り入れられて、正規の法文＝法規となりました。

(3) その後、ウルピアーヌスが活躍した時代から約一〇〇年ほど後の三一六年に、コンスタンティヌス帝は、自身が公布したある勅法において、「衡平と法の間で下される解釈は、私たちだけによって吟味される必要があります、また、それは許される。」と記しています。これは、かつての元首（初期皇帝）が保有していたものとは別格の強権を獲得した専主（皇帝）が、法律の定めを排除して、「衡平」の美名の下に、自由裁量的な措置を取るやり方を貫けるようになっていた状況を、明確に物語るものとなっています。つまり、ここでは、皇帝は、法の上に位置しているのです。表題の法命題は、後代のヨーロッパでは、絶対的専制君主の法的地位を端的に表明する原理となりました。ところで、歴史上の他の時代における他国の専制君主の場合とはやや違った色合いが、ローマ帝政の政治の中に見られます。それは、ローマの皇帝に、法律に優越する地位の保有が理論的に承認されているとしても、実際には、限界状況の下でのことでもない限り、皇帝が事実上法律に従うのが「法の道＝政治の道」だと、一般に受けとられていたことです。先の「ローマ法大全」の一部を構成する「法学提要」には、「私たち（皇帝）は、法律から免れているとしても、やはり、法律に従って生きるものである。」という趣旨の法文が収録されていることから、そのように言えるわけです。

(4) このような、「政治権力は法律の力よりも上位にある」とするローマ帝政時代の法律の位置づけにつきましても、中世以降のヨーロッパに見られる現象と一部重なりあう要素があるのですが、実は、ローマの初期に当たる共和政の下には、古代のことにしては、かなりメリハリの利いた「法律優位」のスタイルが、国制の分野において確立されていたのです。近代以降において、「法の支配」とか「法治国家」とかの概念が確立され、これが現代の諸国家の運営基盤となっているのですが、古代のローマにも、その萌芽となるような形が存在した、と規定することが、あるいは許されるかもしれません。

(5) 次に、共和政時代の法構造の流れを見てみましょう。共和政の成立前には、前七五三年における伝説上の建国から、前五〇九年の共和政の成立までの間に、前半期の土着王政と、後半期の外来王政の二種が、ありました。そこには、「王法」らしきものもあったようですが、それは、おそらく外来政権の王自らを縛るほどの規範ではなかったでしょう。「臣下を支配する法」だったと、思われます。

さて、共和政の成立の際、かつて王が保有していた地位・権限の中核部分は、同僚制の高級政務官（そのトップは、執政官です）が継承することになりましたが、その権限は、ローマ最古の民会（市民全員によって構成される巨大な組織）で制定される法律を通じて、特別に付与されます。このような権限付与のスタイルが制度構成の根幹にあることを考えてみれば、政務官の権限行使の局面においても、法律ないしはそれと同等の力を備えている政治慣行が、彼らの職務行動を縛っていくのは、自然の成り行きと見てよいでしょう。そういった伝統が露骨なカタチで破られる事態は、共和政末期の政治的混乱の中で繰り返されてきましたが、革命的な政治家である、あのカエサル（シーザー）は、共和政の、このような法的（制度的）伝統を決定的に崩壊させます。前四四年に彼が暗殺されたのは、彼が「王になりたがっている」といった風説が流れたため、という古代の歴史家の読みもあるようですが、いずれにしても、ここが、ローマの歴史の転回点なのでした。しかし、その後、時代は少し逆流します。実のところ、ホンネではまずありえないことなのですが、タテマエとして、共和政への回帰が試みられたからです。暴力（軍事的実力）や生の権力が「法」の中へと囲まれ、隠されるのが、その本質なのですが、上辺だけのタテマエを尊重する気風の強かったローマ人は、それくらいの「ごまかし」など、気にも留めていなかったことでしょう。そういった目論見の仕掛け人は、カエサルの縁者であり、彼の後継者となったアウグストゥスです。彼は、前二七年に、自身の軍事力を背景にして創立

した「元首政（市民中の第一人者が国家の管理を預かる、という政治体制＝ブリーンキパートゥス）を運営していく際に、共和政の基幹となっている多くの原理を内部から掘りくずしながら、共和政的な諸権限を、自身の許に、時間を掛けて集中していきます。ここでは、古えの共和政は形式的にのみ存続し、実質的には、個人支配型の政治体制が確立されたのです。それでも、二〇〇年以上も存続した元首政時代にあっても、世間の、共和政への郷愁や信仰は、途切れることは、ありませんでした。それどころか、賢明な元首は、共和政というものに対する、ローマ人一般や、伝統を重んずる元老院の執着に気を配って、共和政を護持する姿勢を巧みに見せびらかしながら、自身の政治体制を強化することがありました。とりわけ、各元首の治世の当初には、このような現象がしばしば認められます。

（６）この辺りのことを資料的に実証してくれる貴重なデータがあります。第七代の元首であるウェスパシアヌス（一〇一年即位）は、紀元後の時代における第一次の後継者争いを軍事的實力により制して、貴族ではなく、中流層の出身者として、初めて、元首の位に上りつめた軍人出身の實力者ですが、当然のことながら、それまでの、いわゆる「ユリウス・クラウディウス王朝」系の歴代の元首とは異なって、血統・血筋・人脈の上で、初代元首のアウグストゥスとのつながりを持てなかったもので、彼は、即位する際、賢明にも、民会というタテマエ上の最高機関を巧みに利用して、自身の命令権（国政上の大権）を法的に根拠づけるのに役だつ法律をわざわざこれに制定させます。「アウグストゥス、ティベリウスおよびクラウディウスと同様に、宣戦布告および同盟条約締結の権利、その裁量によって一切の事項を執行する権利を有するべきこと、これらの元首たちが免れた法律の拘束を免れること」など、極めて重要な事項が、そこに規定されています。最後の部分が問題の「免除条項」なのですが、ここにきて、「正に法律によって、法律遵守の義務が免除される」という、見方によっては面白い構造が、なりたっているのです。

< 3 > 「一二表法は、すべての公・私法の源である。」

（１）< Lex duodecim tabularum est fons omnis publici privati que juris . >が、上の命題の元となったラテン語文で、これは、ガーイウスが著わした法学教科書中の一節です。ここで、まず、そのユニークな法典の概観を試みるとともに、それに引きつづいて、断片的にですが、興味深い条文の解説を少し試みてみることにいたします。

（２）一二表法という法律は、ローマ共和政の成立から六〇年ほどたった前四五年から翌年にかけて、民会で成立した法律でして、しかも、ローマ最初の「法典」という位置付けになっています。後五三三年の、ローマ最大の法典である「ローマ法大全」の成立までの一〇〇〇年もの間、法の全領域をカヴァーするような本格的な法典は、生まれてきませんでした。それだけに、一二表法の存在には、いっそうの価値があるわけです。表題の格言の言うことは、決して誇張ではなかったのです。この法律の原本は、前三八七年におけるガッリア人（ケルト系の民族）のローマ強襲の際に失なわれてしまいましたが、幸いにも、その内容は、後代の各種の間接資料から、かなり知られるようになっています。

（３）法典の編別は、以下の通りです。訴訟関係の手続法（第一表～第三表）、

家族・家長権・相続・遺贈・後見の法（第四～第五表）、財産法（第六表～第七表）、不法行為法・刑罰法規・法律制定の法（第八表～第九表）、宗教法（第一〇表）、追加規定（第一一表～第一二表）

（４）伝承によれば、一二表法の制定は、貴族と平民の間の身分闘争の産物でした。つまり、前五〇九年に、ローマの貴族集団が、異民族の王として君臨してきたエトルーリア系の王を追放した後に生まれてきたのは、決してデモクラティックな政体ではなくて、その実質は、指導的な貴族による寡頭制でした。平民は、その共和政の下で、貴族によって政治的・法的、社会的・経済的に圧迫されてきましたので、彼らは、遂に、それに抗議するために、前四九四年に、団結して、ローマの町から集団で離脱し、そして、そのリーダーとして護民官を選任して、貴族に徹底的に対抗する姿勢を示します。当時、外敵の脅威は去らず、ローマが防衛戦争を遂行するためには、軍隊の主要な部分を占める重装歩兵としての平民の協力が不可欠であったので、貴族は、この「ゼネスト」のために、譲歩をよぎなくされ、貴族による法知識の独占や、法の恣意的運用を防止するための装置として、一二表法が成立した、ということになっているのです。共和政の成立後まもなくの時点で、小規模なものながら、これだけの法規範がとにかく成文法として公表された、という事実は、ローマ人の法意識や法作成能力が、他の古代民族の場合に比較すれば、かなり高かったことを物語っていますね。

（５）もちろん、古代色の強い一二表法は、それ以前の慣習を法規範に格上げしたものが大部分であった関係で、「後向きの」立法でしかなく、また、ローマの発展に伴って、新しい時代の要請に「前向きに」応えていく必要も生じてきましたので、この基本法を補完し、修正するために、個別の単行法が、その後、それなりに、いくつも制定されています。それと同時に、一二表法の条文の解釈が、後代の法学者の前身とも言える「神官」の手で、熱心に執りおこなわれていきました。この作業により、一二表法は、それなりに使い勝手のよいものとなります。更に時代が下ると、ローマの民事法は、成文法規に頼るよりも、裁判現場で、裁判を指揮（掌理）する法務官（ナンバー２の政務官）と法学者が協力しながら創り出す「名誉法」（いわば「裁判慣習法」）が、法を動かすための主要な手段となってきました。そして、後の帝政時代に入りますと、「勅法（皇帝の発布する法）」が、主力法源の地位を獲得します。

（６）それでは、いかにも一二表法の規定らしい、個別の条項などを、アット・ランダム（に）羅列して見ましょう。なお、以下に「法規定」として示す表現は、学者が推測して示しているだけのもので、法規の「正文」などでは、ありません。日本語の訳も、ほんの参考程度のものと、お受けとり頂きたいと思います。

（a）「もし人が武器を投げたというよりも、むしろ、それが手から滑り落ちた場合には、雄羊がそのことへの代償として提供されるものとする。」・・・このような法規定が適用される最重要の事案は、「武器」相当の物が絡んで、市民の死が生じてしまった場合でしょうが、このとき、「故意による殺人」と「過失による死亡」の区別が、重要な意味を持っています。人類の歴史の中で考えて見ますと、「死」という結果に対する責任を、「故意によるもの」か「過失によるもの」かの区別はせずに、厳しく追及する姿勢が、原点にあるように思われますが、しかし、この法文が示す通り、古ローマ時代において、既に、両者が、別々のものと観念されて、これらに対して、違ったかたちの対応が取られた、と見てもよいでしょう。ここで、ついでに、ご参考までに、特別の殺人類型のことに触れておきましょう。一二表法以前に存在していた「王法」には、＜p a r r i c i d i u m（親殺し）＞という犯罪について、特別の査問所が設けられていたと、伝えられています。これは、「家長殺」、「尊属殺」の処罰を目的としています。市民共同体の構

成要素として、習俗上でも、法の上でも、重要な存在とされている「家」のボスが、自身の支配下に置いている「家子」によって殺害される、などということは、あってはならないことだったでしょう。そのことは、刑の執行の仕方に反映されています。つまり、犯人は、頭を包まれた状態で、犬、鶏、蛇、猿とともに、革袋に縫いこまれ、川に流されるのです。通常の犯罪への処罰の際に死刑が殆んどないことを考えあわせると、この処刑方式は、とても目立ちますね。なお、このタイプの重大殺人にも、理論的には、「故意殺」と「過失殺」の二種類がありますが、「結果に対する責任」を問われることが多かった、古い時代には、けじめを付けるために、明確な故意はなくても、重大な過失によって家長の死を招いた者に対して、この極刑が科せられていた可能性も、ないわけではありません。

(b)「もし父が息子を三回売却した場合には、息子は父から自由であるものとする。」……ローマの家族法では、一家の家長の保有する「家長権」というものは、彼が生存する限り存続し、家の構成員全体は、その強大な権限に服し続けます。息子が成熟年齢に達して、社会的に十分な能力を備えるようになって、も、「家子」扱いは、そのままです。そこで、家長は、成人した息子を一人立ちさせてやるために、この「三回売却」という複雑な手続を、形だけ、巧く活用して、息子を独立させるという目的を果たすのです。問題の規定は、元々は、大切な息子を三度も「売る」(正規の「売却」以外にも、「売る」行為のタイプはいくつかあるでしょう)ような家長への懲罰規定だった可能性があります。

(c)「債権者は、第三の開市日に、被拘束者(債務者)を部分に切断せよ。多く切断しても、あるいは、少なく切断しても、責はないものとする。」……多数の債権者が「身体執行」という究極の責任追求の手段を取るときルールを定めたものですが、現代人は、古ローマ時代の、超リアルな決着の付けかたに、きっと驚かれることでしょう。しかし、この段階に到るまでには、色々な手順が踏まなければならないし、また、別の温和な解決策も編みだされてきていますから、これだけで、「ローマ人は、野蛮で冷酷である」と決めつけるのはいかなものか、と思います。

(d)「土地の使用担保は二年で、その他のそれは一年であれ。」……この規定は、最終的には、市民が、一年ないしは二年の占有継続により、物を使用取得(時効取得)することができる(それについての正式の所有権を獲得する)ことを意味するものとして理解されていますが、そのルールの例外として、「外人(他共同体の自由人市民)に対しては、担保は永久であれ。」という規定が置かれています。つまり、外人は、いくら長い間、他人(市民)の物を占有しつづけても、永久に所有権者となることできない扱いになっているのです。筆者が特に注目しているのは、ローマで、初期の時代においても、既に、「外人」がローマの法社会と関わりを持つ存在となっていた点です。法の世界で「外人」という「人」を意識する、ローマ人の姿勢は、後代になると、いっそう強められていきます。この規定には、早くも、「外へ広がる＝開放的な」ローマ法の特徴が見えているのではないのでしょうか。法文にこのような「外人処遇(ここでは、外人冷遇が問題になっていますが)」に関する規定が堂々と置かれていることは、比較法的に見て、かなり異例のことに属するように、筆者個人には思われます。

< 4 > 「市民法は、法律、平民会議決、元老院議決、元首の裁決、法学者の権威に由来するものである。」

(1) < J u s c i v i l e e s t , q u o d e x l e g i b u

s , p l e b i s s c i t i s , s e n a t u s c o n s u l t i s , d e c r e t i s p r i n c i p u m , a u c t o r i t a t e p r u d e n t i u m v e n i t . >が、そのラテン語原文です。高名な法学者であるパピニアヌスが作った学説法文であるこの命題は、本来の「格言」などではなくて、法学者個人の学問的な分析に過ぎませんが、「ローマ法の法源は、各種のものからなりたっている。」という風に、一般論を展開する「格言」の扱いにして、ここに収載してあります。それでは、以下に、いくつかの視点から、伝説的なローマ建国年である前七五三年から、この法文を収録している「学説彙纂」という法典が公布された後五三三年までの一三〇〇年ほどの間に、入れ代わり立ち代り登場してきたローマ法の「法源（法の淵源）」の内容・性格や、その位置付けについて、少し分析を試みてみることにしましょう。

（２）（ａ）「法律（l e x）」・・・市民の全体集会である「民会」によって制定される成文法です。これは、「民意」に基づくものだけに、厳密な「タテマエ論（制度論）」からしますと、ローマ全史を通じて最も正統的な法源の一つと、言えるでしょう。ローマ最古の法律である「一二表法」だけが、「法典」の体裁を取っていて、それ以外は、単行法規です。紀元後の元首政初期の時代にまで、このルートによる法形成は、綿々と続いていました。古式ゆかしい法律には、特別の重みがあったので、それに利用価値が存在したからでしょう。

（ｂ）「平民会議決（p l e b i s c i t u m = p l e b i s s c i t u m）」・・・共和政中期に、「貴族」に対抗するだけの、社会的・政治的勢力にまで成長してきた「平民」の層から構成されている「平民会」の議決したことが、そのまま、正規の「法律」と格付けされるようになったことによって、これが「法源」化したのです。これは、前二八七年制定のホルテンシウス法の制定による結果です。このことは、貴族と平民の間の、数世紀にわたる「身分闘争」の成果の一つである、というように、学問的に説明されることが多いのですが、しかし、「タテマエ論（制度論）」上、そのようになるだけで、「ホンネ論（実質論）」からすれば、また別の説明の仕方も、あります。平民会が純粹に平民層だけから構成される、というわけでもなくなってきたからです。

（ｃ）「元老院議決（s e n a t u s c o n s u l t u m = s e n a t u s c o n s u l t u m）」・・・「元老院」は、民会と同じように、共和政の実質的な中軸組織です。共和政が崩壊した後、元首が絶対的な権限を実質的に掌握するまでの間、数世紀間にわたって、元老院の伝統的な「權威」の力を利用して、そこで、改革的な法規範が、かなりの数、作りだされました。つまり、この「法源」は、いわば「過渡的な」タイプのものです。

（ｄ）「元首の裁決（d e c r e t a p r i n c i p u m）」・・・この「裁決（裁判所での判決、および、その他の同種の措置）」の他に、「告示（一般的な法的ルールの公示）」、「訓令（官吏への職務上の指示）」、「指令（法的鑑定）」がありまして、これらには、元首・皇帝自身の意向・意思・意欲が、明確に、しかもストレートに、現われ出ています。勅法の実際の作り手は、皇帝直属の法務官僚（法学者など）です。これら四タイプのを合わせたのが、「勅法（c o n s t i t u t i o n e s）」と総称されます。これは、「ローマ史上最強の法源」と呼んでも、差しつかえないでしょう。

（ｅ）「法学者の權威（a u c t o r i t a s p r u d e n t i u m）」・・・元首政時代に、特別の措置により、特定の有力な法学者の法学説に、そのまま法の効力が付与されたことによって、それが、総体として、法源に格上げされました。これは、比較法上まったくユニークな現象です。「權威（a u c t o r i t a

s)」というのは、具体的には、「学問的・実務的に高い効力を具えている法見解」のことです。

(3) そのような前提で五つの法源を仕分けしてみますと、「法律」と「平民会議決」は、共和政の産物で、後の三つは、帝政時代（元首政時代および専政時代）の産物、ということになります。なお、共和政時代の法を、中心的・実質的に、司法の現場で、アド・ホック（に）作りだし、そして固めていった「名誉法」（法務官などによって裁判現場で積みあげられてきた「裁判慣習法」のようなもの）は、どちらかと言うと、「ホンネ（実務）」の世界における作品なので、「タテマエ」系の視点から作られている、この法源リストからは、外されているのでしょう。

(4) 普通、「ローマ法」と言うとき、これは、「ローマ私法」のことを指します。後世、法の叡智の結晶としてもてはやされたのは、この「私法」ですが、他方で、「ローマ公法」やその「思想・発想・理念」は、深く静かに潜行して、後代のヨーロッパに底流として流れこみ、欧米の法先進国の骨組みの部分に、沁みこんでいます。何しろ、ローマは、世界支配をなしとげ、それを長期間にわたって維持してきた実績を誇る国ですから、当然のことながら、公法をベースにした支配のテクニクは、相当高度なものにまで、高められています。その成果が、ローマ由来のものとして、後代にもちゃんと存在していることは、「知る人ぞ知る」ですね。ところで、法源論からすると、刑事法を含めた公法的な規範を生み出した実績を持つのは、共和政時代の「法律」と、帝政時代の「勅法」である、と見てよいでしょう。

(5) 「法規範」の「量」と「質」の両面において、圧倒的なパワーを誇っているのは、制定法・成文法としての「法律」ではなくて、歴代の法学者が実務的発想の下に練りあげた法学識の集大成である「学説法」と、元首・皇帝が日常的に積みあげていった「勅法」の、二つです。前者は、共和政時代から始まる法学の歴史の集大成として、帝政時代に集成されたものです。一方、「勅法」は、純粹に帝政時代風の規範群です。

(6) 現代日本では、法を作り出す任務を与えられた人として、高級実務官僚、法曹、法学者、政治家（国会議員）など、多彩ですが、ローマでは、法学者（在野の人も、法官僚化した人も、います）だけが、実質的な法の作り手でした。法源の一つとして表舞台に躍り出たのは、先に「法学者の権威」という言葉で総括されている「学説法」だけです。後は、それぞれの法源が生まれ育っていく際の、堂々たる裏方としての、彼らの貢献が、重要です。彼らの活躍がなければ、ローマ法の確立・発展は、なかったでしょう。

(7) 成文法・制定法からなっている日本の法体系に馴染んでいる私たちは、「法規範」というものが、論理的・体系的な構造の制度であることを、当然のことと考えていますが、しかし、ローマ法の中核は、個別問題の中に示される「法」の集積体です。そのために、生のローマ法は、現代の日本人には、どうも馴染めないうところが、確かにありますね。判例法主義の法世界の中で生きているイギリス人やアメリカ人の下では、必ずしもそうではないように、見えますが。

(8) これらの法源は、順々にバトンタッチされていったわけではなく、相互に重なりあっています。後発の制度が、既存の制度を、時間を掛けて、ゆっくりと飲みこみ、消しさっていくのです。一般に、ローマでは、制度の変遷の際には、このような重疊的な位置関係が各所に見られますが、これは「ローマン・スタイル」の一つの表われですね。

< 5 > 「誰も、他人のために、契約することはできない。」

(1) < *Alteri stipulari nemo potest* . > が、対応するラテン語です。これは、「ローマ法大全」の一部を構成する「法学提要」の中にある規定です。現代の世界各国の法制においては、「代理契約」は認めない」というローマ法のスタイルとは反対に、「代理契約」というものが社会の各領域で、堂々と認められ、活用されています。さて、ローマ法の構えは、古くて、いかにも原始的な姿になっていますが、「代理」を軸とする「第三者のためにする契約」の制度が確立されたのは、最終的には、一九世紀において、古代ローマ法を理論的に整理し、整序することに成功した、「ドイツのドグマーティク（法教義学）」においてですから、ローマ法的な契約観は、ヨーロッパ世界では、二〇〇〇年以上も、大筋において、維持されてきたことになりますね。

(2) 「第三者のために契約する」というのは、端的に言えば、「ある人が、契約の相手方である債務者に、その背後にいる本人のため、何らかのものを給付することを、約束させる」ことなのですが、これは、別の言葉で表現すれば、「代理人として契約する」ことになってきます。その結果、本人は、債権および訴権を保有することになります。これは、とても合理的な制度ですね（もちろん、代理にも、微妙で、難しい問題が絡むことは、あります）。

(3) 商取引が経済社会の中核になっている現代では、会社（法人）はもちろんのこと、一私人も、広い意味での「取引」の場に登場してくることが、あります。最もスケールの大きい、私たち私人の重要取引の一例として、不動産売買のケースがありますが、これについて少しご説明しましょう。普通は、自身所有の不動産を売却しようとする人は、専門の仲介業者から不動産情報を得た上で、売却可能な価格について、まず、見当を付けた後に、多くはその業者の仲介を経由して、自ら、売買の現場に立ち、契約を締結することになるでしょう。しかし、自身保有の物件の買主を見つけて、しかるべき価格で売却する、というのは、それほど簡単なことではありません。不動産相場を読み、売却の決意を固めて、行動に出ることについては、専門的な知識が、どうしても必要となってくるからです。そこで、誰か信用できる人を「代理人」に仕立て、その人物の判断や行動を頼りに、不動産売却の目的を果たそうとする人も、出てくるでしょう。そういったとき、身近にそのような人物がいることは滅多にないことなので、経済分野にも強いところを持つ弁護士などに頼るのが、手間も費用も掛かりますが、最も無難かもしれません（売却を任された代理人が、全権委任の特権を悪用して、よからぬことをする危険も、確かにあるからです）。以下に、そのようなケースの一例をご紹介します。

(4) 現代社会では、「委任状」というものが実務上必要となる場合が、日常的に意外にも多いのですが、不動産売却のための委任状は、一般人には、トップクラスの重要度を備えた法的書類です。たとえば、「委任状」というタイトルの付いた、以下のような内容の文書があります。そこには、「私は、A氏を代理人と定め、左の事項を委任する。私所有の左記土地につき、売買契約を締結するまでの一切の件。但し、売買価格は一億円を下らないものとする。」と記されています。ここに到るまでには、当然のことながら、「私」と「A氏」との間に、「委任」をする契約が成立していなければなりません。慎重な人なら、この契約をきちんと文書化しておかれるのではないのでしょうか。そうすれば、授權の証拠を残しておけますし、また、当事者双方に仕事への覚悟がしっかりとできるからです。それから、蛇足ながら、全般的な話として申しあげますが、実印を押すかたちで、委任状を他人に渡される際には、十分に慎重な配慮をして頂きたいと思います。日本では、

この「実印」には、とても重い意味や価値が、あるからです。悪用されると、大変なことになるのは、既によく知られているところですね。

(5) それでは、本題の「ローマ事情」について、解説することにします。どの時代、どの国においても同じことでしょうが、人と人とが、例えば、物を売り買いする、というとき（最も複雑な構造のものは、「来年収穫される米を、今、代金は支払わないままに、買いつける」という契約の場合です）、代価の支払いと同時に、売買目的物を手にいれる、という「現物売買」の際には、それほど気を使う必要は、ありません。しかし、支払いを先延ばしにするとか、目的物の引渡しを後にするとかの、ペンディングな要素が契約の中に介在する場合には、契約のそれぞれの相手方を信用することを通じて、優れて個人的な、「人的拘束（ローマ人はこれを「法の鎖」と呼んでいます）」が契約当事者双方の間になりたつようになっていなければなりません。契約の場に第三者としての代理人が介在・介入してきたりしますと、取引関係が、混乱したり、破綻したり、越権行為があったりするなどの、深刻な問題を引きおこす危険性が、常に潜んでいますので、シンプルな形を好み、慎重なところもあるローマ人は、抽象的で、観念的で、冷たい色合いを持つ「代理」システムには、冷淡な姿勢を採りつづけていたのです。その背景には、「代理」の役割・機能を実質的に果たしてくれるような制度が、元々ちゃんと存在していて、「人が人の代わりをする」という「代理」のシステムなどなくとも、大して不便がなかった、という、ローマ独特の事情も、あります。以下に、それについて説明しましょう。

(a) さて、「委任」というのは、「売買」と同じように、「諾成契約」のグループに属する契約類型でして、歴史的には、友人間の助けあい行為の一つとして、ある人が、無償で、他人の利益になるようなサービスをしてあげる行為でした。これは、純然たる内部関係であり、対外的な「代理」権限を生みだすものでは、ありません。モダンな、正規の代理である「直接代理」は、他人（本人）の「計算（ソロバン勘定）」において、他人の「名」で、行なわれるものですから、契約の法律効果は、代理人を跳び越して、本人の許に直接に発生してきます。しかし、このローマの委任は、「間接代理」の性質を持っています。他人の「計算」において、代理人（受任者）自身の「名」で、行なわれるものですから、その効果は、代理人自身の許に発生してきます。その後、別の手続を通じて、代理人から本人へと、契約の法的効果が移転されていくことになります。この、内部関係を二段階で積みあげる方式は、独立型の簡明なシステムですが、現実的で、堅実な知恵の産物とも言えますね。

(b) 家長は、自身の家長権に服属している家子や奴隷を通じて、自身の名で、契約することができるのですが、彼らは、制度上、財産能力＝取引能力を保有していない者なので、いわば家長の「伸びた手」として、たまたま契約の現場にいるだけです。「代理」の観念を持ちこむ必要など、ありません。先の「間接代理」が「ヨコ（平面）」の人間関係に頼っているのに対して、ここでは、「タテ（上下）」の権力関係を利用しているものと、整理することができます。さて、このように、独立自由人が誰かの代理人になることは、ローマ法上、原則的に承認されていないのですが、頭の柔らかいローマ人は、自由人である「財産管理人＝執事（委託事務管理人）」が、財産所有者（たとえば、遠隔地の地所を持っている、リッチな人）の代理人のようにして、取引現場で独自に自ら動くことを認めるような考えを抱くまでになっていました。この人物が、被解放奴隷であることが普通で、解放後も、旧主人に隷属するような地位に置かれていましたので、その実質面（ホンネ）に眼を向け、事実上の「上下関係」に着目して、そのような取扱が固まってきたのでしょう。

(c) 家長が死亡して自権者に昇格した(元)家子が、未成熟者であるときには、彼は、相続によってそれなりの資産を保有することがあるのですが、しかし、彼には財産能力＝取引能力が欠けているので、彼を補佐する任務を帯びた「後見人」が、付きます。後見人は「信託」を引きうけたような地位に置かれますので、被後見人になり代わって、というのではなくて、自身の権能によって、被後見人のために、契約を取り結ぶことができます。

< 6 > 「知ってはいるが、防ぐことができない人は、過失責任を免れる。」

(1) < C u l p a c a r e t , q u i s c i t , s e d p r o h i b e r e n o n p o t e s t . > (パウルス) が、表題の命題の元となっている学説法文です。この学説法文の読みはいくつかありますが、民事問題の領域のこととしては、「ある人が、何らかの損害を生じさせるような事柄が起こることは十分に承知していても、そのような事態の到来を防ぐことが不可能な状況下にあっては、その人が過失による責任を問われるようなことは、ない。」という読みになってきます。その具体例の中で、最もメリハリの利いたものは、いわゆる「不可抗力」が、突然に作用してきた、という場合です。ローマ人が、「押しかえすことができないような突進」とか、「抵抗することができない力」とかいった言葉で表現していることを、おそらく、後代になってから、< v i s m a j o r (いっそう大きな力＝不可抗力) > という概念へと、スマートに纏めあげる人が、現われてきたのでしょう。このラテン語術語は、珍しく、それとして、現代の法学理論においても、市民権を立派に与えられています。

(2) 世間の会話で、「あれは故意にやったわけではないので、許して下さい。」とか、「私には過失などないのに、どうして私が責任を問われなければならないのですか?」とか、「ああいうことは不可抗力のせいで生じたことですから、気にするほどのことではないですよ。」とか言われることがあるでしょう。もちろん、このように「軽い」表現は、民事絡みのことでして、刑事問題になってきますと、警察などの当局を相手にして、このような言い分が通るかどうかに付きましては、微妙な問題が、あります。

(3) さて、現代において、人が、債務不履行を理由として、民事責任を問われるというとき、そのことの是非やその範囲をきちんと定めることは、かなりの難問ですが、その際に用いられる基準の原型は、古代ローマ法の中に求められる、と言っても差しつかえないでしょう。問題の「不可抗力」論についても、そのことが当てはまります。

(4) 現代における話ですが、「特定の事業の外部から襲いかかってくる出来事(事故)の内、企業側が、商取引上普通に要求されているレヴェルの注意義務を十分に払い、予防措置をちゃんと取っていても、なお、損害を生じさせてしまうような危害」が、「不可抗力」と理解されています。企業には、故意や過失の有無にかかわらず、絶対的に責任が課せられるケースも、少なくとも事実上は、あると考えられるのですが、しかし、まったくどうしようもないタイプの出来事については、責任を特別に免除して貰いたい、という企業側の要望を人が考慮すること、理屈に適っているのです。責任負担に追いこまれることへの歯止め装置とか、有限責任制の新設とか、新種の損害保険制度の開発とかは、企業論理の要請するところでして、社会も、法も、そういった、企業側の要請を、それなりに受けと

めていかなければならないでしょう。

(5) さて、古代ローマ人が練りあげた技術や制度が、西欧の中世・近世・近代を経て、現代にまで綿々と伝わってきていたり、正式に継受されたりしている例は、相当な数になりますが、その中でも、「レセプトゥム（ラテン語では「レケプトゥム」）責任」というものは、飛びきり古代ローマ色の強いものです。

(6) 極く古い時代から、地中海を舞台として、人や荷物を海上運送する者（船主＝船長）や、旅人向けの旅館や厩舎の主人などが、正式に預かったもの（運送品や、客の携帯物など）の滅失や損傷に関しては、これらの管理者が問題の物を「受けとった」という事実（「受領」）だけに基づいて、故意や過失が介在していなくても、法律上当然に、結果責任を問われる仕組みが、最終的に組み立てられました。「レケプトゥム（< r e c e p t u m >）」は、元々は、リアルな意味で、「物の受領」を指していましたが、そのホンネ的なニュアンスは、後に、タテマエ的なものになり、「法的責任の引受」という重い意味のものとなりました。元々の段階においては、そういった「引受責任」を果たさなかった者（船主など）に対して、訴訟で責任を追及して、賠償を得ることは、被害者側には、実際問題として、容易なことではなかったのですが、しかし、後代になって、法務官は、その裁量により、訴求への道を事実上大きく開く方向に作用する「結果責任」制を導入して、被害者を保護することにしたのです。しかし、船が嵐などで難破したり、自然の各種の大災害に襲われたり、外敵や海賊・盗賊が押しやってきたりして、船主や主人の保管している物品に損害が生じてきた場合にも、彼ら管理者が責任を取らされることを勘弁して貰えないという、シンプルな扱いは、物事の道理に照らして、不条理であるとする余地は、十分にあるでしょう。問題の「不可抗力」論が機能を発揮するのは、ここでして、誰の眼にも明白な、抵抗できない「非常事態」が発生すれば、管理者は、スナナリと免責されることになるのです。後代の法先進国の多くは、ローマ法流の「レケプトゥム」法制を、殆んどそのまま受け継いでいます。

(7) それでは、ローマで、なぜ、このような厳しい「引受責任」が課せられるようになったのでしょうか。ある古代のローマ法学者の説明によりますと、船主（船長）・旅館主・厩舎主の中には、盗人などと結託しながら、客のものを掠めとって金を稼ぐ輩が少なくなかったので、有無を言わず彼らに全責任を負わせよてしまう、簡明なシステムが開発された、とのこと。このような成り行きは、「生活の知恵」が発揮された事例、ということにもなりますね。なにしろ、旅先のことですから、先を急ぐ旅客は、「過失があったから、不祥事を招いたのだ」とか、「管理者や雇い人の故意＝悪意のせいだ」とか、いくら言いたてても、限られた時間枠の中では、賠償交渉など、できない相談です。また、理論的にローマ法が領内のどこでも適用される仕組みになっていても、救援・救済をしてくれる当局者など、滅多に近くにはいませんから、とにかく、シンプルに、即決で、キッパリと、現場において、当事者間で、決着を付けるやり方は、理にも、利にも、適ったものとして、社会に浸透していったのでしょう。

(8) 最後に、日本の法規定を見てみます。商法は、一般の商人の寄託責任の場合と区別を設けながら、以下のケースについて、特別に厳格な責任引受規定を設けています。「旅店、飲食店、浴場其他客ノ来集ヲ目的トスル場屋ノ主人ハ客ヨリ寄託ヲ受ケタル物品ノ滅失又ハ毀損ニ付キ其不可抗力ニ因リタルコトヲ証明スルニ非サレハ損害賠償ノ責ヲ免ルルコトヲ得ス」（商法第五九四条第一項）が、これです。ローマ法や、近世以降の継受法の場合と違って、日本では、「場屋の主人が寄託を受けている物品」に限り、重い責任が課せられています。現実の問題として、「不可抗力」の存在を援用して責任を免れることができるケースなど、滅多に

ありませんから、場屋の主人は、殆んど完全な賠償責任を負わされているわけです。なお、気の利いた主人は、「お客さんの携帯品（寄託されなかった物品）の安全については、一切責任を負いません。」という趣旨の掲示などをしておいて、責任逃れをしようと細工しておくかもしれませんが、同条第三項は「客ノ携帯品ニ付キ責任ヲ負ハサル旨ヲ告示シタルトキト雖モ場屋ノ主人ハ前二項ノ責任ヲ免ルルコトヲ得ス」というように、その手の張り紙に効果を与えない規定を、ちゃんと置いています。

< 7 > 「選挙は、方式に則り、自由に、何らの中断もなしに、なされるべきである。」

(1) ラテン原文は、< E l e c t i o n e s f i a n t r i t e e t l i b e r e s i n e i n t e r r u p t i o n e a l i q u a . > です。この命題の出所は不明ですが、これは、おそらく、比較的近い時代の産物でしょう。

(2) まず、現代の「選挙問題」から入ることにします。世界の自由主義諸国においても、社会主義諸国においても、色合い・雰囲気や仕組・役割などの点で、互いに相当異なった姿が見られていますが、現在、それぞれの国家特有の「選挙」が取り行なわれています。私たちに身近なところでは、とりわけ、大統領選挙（アメリカ・フランス・ロシアなどの場合）と国会議員などの選挙（日本などの場合）とが、常に注目の的となっていますね。日本では、特に最近の、第一級の政治的テーマの一つは、「国政選挙における一票の格差をどのようにして解消していくか」ですが、異例にも、司法（裁判所）の側が、現行の選挙制度の仕組が「違憲である」と言いきるところまで来ていまして、政治（行政府）と立法府（国会）に対してかつてないほどの圧力を掛けつづけています。このような成り行きは、異常と言えば異常ですが、しかし、見方によれば、健全とも言えますね。国政の中で抑制の機能がまだ働いているからです。歴史的に見てみれば、そのそも選挙制度というものは、「ホンネ（政治的力学）」を直視するなら、それぞれの時代の「体制」側が、正にその体制を維持・再生産していくために不可欠な手段として活用しているだけの、「党派的な」なものと言えるので、そこには、客観的・抽象的・観念的・理論的・理念的に、正しい選挙のありかたを、中立的に摸索するといった、きれいな図式が常になりたっているわけでは、ありません。選挙制度の手直しは、いつの時代にも、極めてホットな政治課題なのです。そのように見れば、表題の格言は、選挙の理想像を描きだしている、人の切実な願いの表われ、ということにも、なりましょう。

(3) 歴史上、デモクラティックな政治スタイルを早い時期に確立した国家の代表は、ギリシアとローマでしょう。アテーナイ（アテネ）の「民主政」と、わがローマの「共和政」とが、それです。多くの古い時代には、王政で代表されるような個人支配のかたちがまず自然に固まってくるのですが、その後、この体制が、構成員（市民）の政治意識の向上により打倒され、一つの到達点として、この、いわば「モダンな」民主政体が、ようやく成立したのです。二〇〇年ほど時代的にローマに先行するアテーナイでは、いわゆる「直接民主制」の方式が基本的に採られましたので、ここでは「選挙」とは縁が薄いのですが、他方で、ローマでは、いかにも「ローマ流の選挙」が、いわゆる「間接民主制」のベースとなりました。ここでは、選挙は、まるで年中行事のように、粛々と執り行なわれていま

す。

（４）ローマ共和政（前六世紀～前一世紀）の下では、各種の民会で選挙が行なわれていました。以下に、その姿を観察してみましょう。

（a）古いヨーロッパに展開していた「古インド・ゲルマン社会」では、首長を決定する際、世襲システムではなくて、何らかのかたちの選挙が用いられていたものと、推測されています。ローマの初期に存在した土着王政も、そのような特徴を備えていたようです。その後、先進的な文明を持つエトルリア人がローマに構築していた外来・征服王政を打倒して成立した、前六世紀末の共和政の下では、先の、選挙を国制の中軸に据える、という民族的伝統は、いっそう強く制度化されます。更に、紀元後の世紀に、選挙という手続を経ないで打ち立てられた個人支配の権化である帝政が固められていく過程においても、ゲバルト（軍事的実力）による強権的な政権奪取の実績だけでは、支配の正統性・合法性に欠け目があると、世間から見られてしまうために、法律の制定を通して、市民団から支配の大権を授与して貰う、といった、控えめなスタイルがわざわざ選びとられた例も、初期のころには、あります。

（b）ローマ共和政の国制においては、「元老院」と「政務官（公職者）」と「民会」の三者の絡み合いが運用の原動力になっているのですが、これら三者の中で最もアクティブな性格を持った組織は、政務官です。毎年選出される各種の政務官は、民会において、選挙で選出されます。私たちの感覚では、選挙は定員を上まわる数の立候補者の出現の下に実施されるのが常識ですが、共和政も初期の時代には、前任者の指名が強力に作用したり、対立候補が現われてこない「無風選挙」があったりするなど、生ぬるいところも、ありました。しかし、共和政の進展とともに、貴族勢力に対抗するだけの実力を付けるようになった平民団は、国政の中軸においてその力を発揮するために、全力をあげて、政務官選挙に挑みはじめます。名門貴族出身の候補者に対抗する候補者が、平民側から立てられるケースも、生じてきたのです。遂に、前三六七年に、二名の執政官（政務官のトップ）の内の一名は、必ず平民出身者でなければならないと、法律で定められるところまで、進みました。それに加えて、貴族集団も一枚岩ではなくなり、派閥争いが先鋭化してきましたので、前二世紀から後の後期共和政下では、対立候補者間での、現代顔負けのシヴィアな選挙戦が毎年繰りひろげられることになりました。

（c）政務官ポストには、執政官（二名）以下、三～四段階、計五〇名程度の者が就任するのですが、政治の世界で名を上げ、最終的に、終身制の「元老院」の議員となり、そこでしかるべきステイタスを獲得するには、毎年の選挙を経て、順次、政務官のランク（これは、元老院におけるランクと連動しています）を上げていかなければなりません。選挙運動は、当然、熾烈になります。知られているだけでも、八回にわたって、職業的シンジケートによる投票買収、脅迫、供応・見世物開催による人気取り作戦などを取締る、「選挙不正防止法」が次々に制定された事実が、そのことを証明しています。

（d）現代人の眼からすれば、ローマの選挙制度には、以下の三つの「欠陥」のようなものが、ありました。

①「金権選挙」・・・あるタイプの民会では、元々、市民の財産保有額に応じて、市民の格付けがなされる仕組みがなりたっているのですが、そこで行なわれる選挙における、各市民の投票の価値には、制度上、格差がしっかりと設けられていました。つまり、リッチな層（これは、身分の高い層と完全に一致するわけでは、ありません）の投票に有利な扱いがなされていたのです。民主政前夜のアテナ

イにも、これと似た制度がありました。人の出自・素性、身分などのように、一個人の努力ではどうにもならないもの（タテマエ）よりも、努力しだいでは誰でも手にいれることができる「金（カネ）＝資産保有額」（ホンネ）で、人を分別・差別して配列していくやりかたの方が、ある意味では理に適ったところがあるのでしょう。

②「地域格差」・・・ローマの支配圏は、四つの「区（トリブス）」の設置から始まり、最終的には、その数は三五にまで拡大していき、それで打ち止めとなりましたが、その区をベースとするタイプの民会で選挙が行なわれる際、各区を構成する人の数には、驚異的な格差がありますので、選挙のための一票の重み＝価値には、落差があるわけです。それに、市民の居住地から遠く離れたところに、自身の所属する区が当局によって指定されることも、珍しいことではなかったもので、投票に参加するチャンスさえも、事実上奪われるケースが、ありました。

③「少選挙区制」・・・現代でも同じことが当てはまりますが、選挙投票が、民会を構成する各ユニットごとに行なわれ（たとえば、最も重要な民会である「ケントゥリア民会」には、一九三のケントゥリア＝ユニットが、設定されています）、その内部で多数を制した側が、一票を獲得する仕組みになっているところが、問題です。相対的に少数派となった側の得票は「死票」となってしまうからです（これは、現代の、いわゆる「小選挙区制」において、極く普通に生ずる現象ですね）。ローマでは、各ユニットの構成員数に、数百倍もの格差が歴然として存在しますので、その弊害が特に増幅されるわけです。

(e) ローマ人は、かたち（タテマエ）に重きを置く人々ですから、このような投票制度の下でも、「投票の自由がある」とか、「国家の基盤は市民の自由にある」とかいった観念論で、とりあえず満足していたのではないのでしょうか。

< 8 > 「合意においては、文言よりも、契約締結者たちの意思が、むしろ考慮される。」

(1) これは、パピニアヌスという高名な法学者（一～二世紀）の学説法文の日本語訳です。この日本語命題の基礎となっている法文は、以下の通りです。< In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit . >（文末に見える< placuit > [通説である] は、表題の訳文には、反映させていません）同じようにして、「法律（法）を理解することとは、それらの文言を把握することではなくて、意義および効用を把握することである。」（ケルスス）、「法律（法）の中にある文言は、法律（法）の文言に基づいてと同じように、法律（法）の趣旨に基づいて、受けとられるべきである。」（ウルピアヌス）、「法律（法）の文言に依拠しながら、法律（法）の意図に反する行動を取ろうとする者が法律（法）に違反していることは、確かである。」（後代の作品）、「文言は意思の指標である。」（イギリス法）、「遺言者の最終の意思は、その人の真の意思に従って、果たされるべきである」（イギリス法）。これらの発想に対して、歯止めもちゃんと掛けられています。「文言の中に何らの曖昧さも存在しないときには、意思の探求は認められるべきではない。」（ネラーティウス）という法文命題や、「法律の文言から逸れるべきではない。」という一般命題などが、これです。

(2) 一般論として考えてみた場合、国家的な規範としての「法律（法）」が私たちの行動を規制するものとして、立ちあらわれてきたとき、および、私的な「法律行為（たとえば、契約）」の取扱いが、社会の現場で問題となるとき、多くの場合、そこに盛りこまれている「文言」の指ししめす「意味・趣旨」について、「解釈」という作業が必要となってきます。文言というのは、抽象的・一般的・概念的な言い回しになるのが普通ですし、また、文言作成当時に予想・予定していた事実関係が、時の経過とともに、変化・変質していくことも、珍しくありませんので、どうしても、目前の事実関係に対して、法律とか、契約とかの「約束事」を適用するには、その時々、個別事情に合わせて、微妙な解釈を試みていかなければ対応できない事態が生ずることも、しばしばあるのです。その作業がうまくいかないときには、将来に向かって、問題の「約束事」本体を手直しすることで、よりよいルールを新たに設定する手段が考案されていくことでしょう。法律は「お上」の作品ですから、硬くて融通が利かない上に、立法機関の動きが大前提になってきますので、改定には大変な手間が掛かります。この点で、「私的な」作品である契約の条項の見直し作業を試みる場合と、決定的に違いが出てきます。契約当事者間の利害対立を解消するには、色々な手も使えて、折りあい付きやすいからです。

(3) 最近、日本で、最高法規としての憲法の第九条の規定を、改憲手続に則って粛々と改正するという、オーソドックスなやり方を探ることなしに、いかにも日本的な、「裏技」風の「解釈改憲」のスタイルに依りながら、とりあえず目前の事態を乗りきろうとする、政治の動きがありました。二〇一四年七月一日に、安部内閣は、閣議決定で、「集団的自衛権」の行使（その発動に関しては、厳しい条件が付けられています）を認める立場を明確に打ちだしました。筆者個人の発想によりますと、ここには、「タテマエ」流の問題処理方式ではなくて、「ホンネ」に大きく傾いた、不透明な処理の仕方が、浮かびあがってきます。日本流の「法治国家観」の「甘さ＝狡猾さ」が、ここに見えているのではないのでしょうか。「集団的自衛権」問題については、今後の展開を見守っていきたいと、思っています。

(4) 先に示した格言命題には、ローマ産のものの場合でも、後代産のものの場合でも、「文言・表現体」それ自体（タテマエ）よりも、その形を作りだした人の「心情・心根・意図・意向・意思」（ホンネ）に重点を置きながら、それらのルールに接する、というタイプのものが、有力となっていますが、実は、それは、一種の発展段階の最終地点を指ししめすものと総括しても差しつかえないように思われます。こういった、「形式尊重」から「実質考慮」への、発想の移行というのは、問題とされるテーマの違いによって、また、各国の国情の差によって、色々な形を取って存在していますが、ここでは、比較法的に見た場合、古代国家にしては優れて「法治国家」の展開を示した古代ローマについて、歴史の流れを概観してみましょう。

(5) ローマの場合でもそうですが、一般に、古い時代では、何らかの事柄を「ルール・約束事」として新たに設定する場合には、厳格な儀式めいた「方式・様式・要式・手順」をきちんと踏まない限り、ちゃんとした効果は得られませんし、しかも、いったんその方式を経由して事が運ばれますと、その方式の縛りがきつくて、当事者の真意とは別に、方式それ自体が一人歩きをして、融通が利かないことも、あるのです。そのような流れになる背景には、「方式を組みたてる際に用いられる定型的な言葉には、独得の力が宿る」という呪術的な観念が影響して

いることや、方式を経由しておく方が、揉めごとを少なくするということができると、経験的に人々に知られていたことなどの、現実的な事情も、あります。こういう環境では、文言の解釈は、どうしても、定型的で、しかも、窮屈なものになってくるでしょう。形式にこだわる社会は、安定的であると同時に、それなりに平和的なものになりますが、ローマ古期の農耕中心の経済構造の下では、それでよかったのかもしれませんが。

(6) ところが、共和政の進展にともなって、緩やかな意味での「都市国家」であったローマが、急速に領土を広げ、物流＝商業にも強い国家として、成長してきますと、ローマ市民法も、違った法文化を身につけた外人の商人との取引市場での接触が頻繁となったことにより、取引の円滑な運用を図る必要上、外人を抱えこんだかたちで、形式規制を緩めていくようになってきます。ローマ法は、それが採用している「属人法主義」により、外人には適用できませんので、万国共通の「信義」が、トラブル解決の際、事実上、「法」に代って判断の基準となります。ここでは、当然のことながら、「形式」よりも、リアルな「実質」が重んじられ、関係者の「個別的な意思・意欲」が問題とされるのです。司法担当の法務官が、法学者のバックアップの下に、市民同士の問題についても、堅苦しい形式に捉われない約束＝契約に法的拘束力を事実上与える実績を積みあげてくれたおかげで、ローマ人の法生活は、豊かなものとなりました。

(7) 以上の話は、司法や社会の現場での変化に関係しますが、それ以外に、ローマが先進国であるギリシア世界を、軍事的制圧により自身の支配権の下へと取りこんだ前二世紀以後に、ギリシア哲学の意思理論をベースに持つ「弁論術（レトリック）」の知識＝成果がローマに受け入れられた、という思想面の変革も、重要です。ギリシア流の専門技術をマスターしたローマの弁論家は、「法の国」であるローマの表舞台である「裁判」の分野に、活躍の場を見いだします。彼らの任務の中心は、弁論人としての活動です。上流層出身のせいもあって、保守的な発想・行動形式に馴染んでいる法学者は、法学特有の保守性を重んじる性格にも引きずられて、新しい時代の求めるものに対応するのは苦手でしたが、しかし、中流出身のために身軽な動きをすることができ、また、ビジネス感覚に鋭いところを持つ彼ら弁論家の方は、広い意味での「タテマエ」に縛られず、「ホンネ」をストレートに押しだしながら、法の分野における社会の要請に応えることにより、ある時期には、古来の法学に対抗するだけの技術的力量や声望を備えるまでになりました。

それをいわば象徴的に示しているのが、前一世紀初めに生じた「クーリウス裁判事件」です。高額の相続財産の帰属をめぐる、「一〇〇人裁判所（実際には、その一部会）」で争われた事案では、当代の第一級の弁論家であるクラススと、当代の第一級の法学者であるスカエウオラが、それぞれ、被告側と原告側の弁論人として、立ちました。正に、まったく珍しい「横綱相撲」が、ここに展開されたのです（法学者が弁論人の仕事を引きうけることは、それほどしばしばあるわけではありません）。後者は、伝統的な手法に従って、遺言の「文言」それ自体に重きを置く解釈を展開したのに対して、前者は、遺言者の「意思＝真意」を汲んだ解釈を押し立て、鋭い対決が生じたのです。結果は、「意思重視説」を掲げる前者の側の勝利に終わりました。この経緯を伝えるのは、一流の弁論家であるキケローの資料（著作）なので、この判決を、弁論家が法学者を圧倒する時代がここに始まったことを示す決定的な資料、というように単純に読むには、それなりに問題があります。まったく仮定の話なのですが、極く普通のタイプの民事訴訟の場合なら、審判人は、先の一〇〇人裁判所の場合とまったく違って、ただ一人

ですから、弁論家（弁護人）が、いかに精緻な論点を立て、しかも、いかに巧みな弁舌を振るっても、このような「意思重視説」を勝訴に導くことは、できなかったかもしれません。審判人が保守的な層の出身者であることが普通でしたし、この人物には、大衆に訴えかけるのにマッチする、スケールの大きな弁舌など、効き目がなかったと、推測されるからです。

（８）このようにして、ローマ法伝来の「文言形式の重視」の流れに制約を掛けた「意思尊重論」は、東ローマ帝国の下で、キリスト教神学の意思理論とも繋がりながら、磨きあげられ、後代のドイツ法学へと受けいれられていくのです。

< 9 > 「窃盗は、盗む意思なしには、犯されない。」

（１）これは、ガーイウス（二世紀）の学説法文です。< Furtum sine affectu furandi non committitur . > が原文です。一方、定義的な命題としては、「窃盗は、利得を得る目的による、物の悪意の領得である。それは、あるいは、物それ自体についても、あるいは、使用もしくは占有についてさえも、成立する。」が、あります。これは、パウルス（一～二世紀）の学説法文です。これと並んで、ガーイウス作の名著である法学教科書の一節に、「窃盗は、ある者が他人の物を窃取する目的でそれを取りのぞいた場合だけでなく、一般に、ある者が、他人の物に、その所有権者の意に反して不正なことを行なった場合にも、成立する。」が、あります。ここで、これらの命題について、ローマ法的に、読み解きをしてみましょう。前者では、本来の「物の窃盗」の他に、「使用窃盗（無権限で他人の物を使用した場合）」、および、「占有窃盗（所有権者が、他人がそれに対して権利を持つ、自身の物を占有した場合）」が、問題となります。次に、後者では、寄託物を使用した場合、使用貸借の借主が取り決め違反の使用をした場合、債務として負われていない物を事情を知らずながら受けとった場合、他人のものであることを知らずながらそれを売却した場合、横領行為、盗品の隠匿行為など、多彩な類型が、ここに包摂されてきます。なお、現代刑法においては、「強盗」は、「窃盗」と明確に区別されていますが、ローマでは、このような行為類型は、窃盗のその中に包摂されていました。しかし、後代になって、実務の上で、「暴力強奪物訴権」が考案され、後述の「現行盗」の場合と同じように、重い罰が科せられるようになってきています。このように、窃盗概念が緩やかであったのは、一つには、窃盗が「民事の不法行為」というように位置付けられていた、という基本事情のせいでしょう。

（２）「他人所有の物を盗みとる」という所業は、人々の日常生活の営みの中で生ずるものだけに、人間社会が成立した発端のときから、すでにどこにでも存在する非行＝犯行です。そういったことを放置したりすれば、社会不安を招き、生活秩序が乱れますので、共同体のボスが、世間の常識にも則って、窃盗に厳しい処罰をもって臨むことが、通例だったでしょう。犯行の質ないしは量と、それへの処罰の度合いがそれなりにバランスの取れたものになるのは、ずっと後代の出来事です。元々は、窃盗は、それが微罪に属するものであっても、見せしめのために、大々的に処罰が執行されたことでしょう。

ところで、現在では、わが京都でも、「万引きは犯罪です！」という内容のビラが電柱などに貼られているのをときどき見かけますが、これには、特別の背景が、

あります。万引きする人には、背後に色々と深い事情が潜んでいることもありますし、また、年間五〇〇億円もの大被害を生み出す万引行為について、刑事的処理をきちんとやっていくには、手間が掛かります。それで、現実には、警察が書類送検をしたり、検察が起訴に踏みきったり、更に、裁判官が厳しい有罪判決を言渡したりするところまでは進まないことも多いのですが、このように「万引き」が当局から大目に見られている、という裏事情を心得ていて、しかも、これでは埒があかないことに不満を抱く被害者側の店主などが、各種の販売店の商品の被害を少なくするために、やむをえず、「自力救済」風の「苦肉の策」を取っているのです。「タテマエ〈法規の構え〉」を、ただの一般人が、お上になり代わって、このように堂々と打ち出すところには、屈折した、妙に日本的な雰囲気も、漂っているような感じがいたします。警察の立派な刷り物にはない「リアリティー」が、ここにあるのです。読者の方々はどのようにお受けとりになっているのでしょうか。

（３）先の話は「微罪」の処理に関係するものですが、見方によっては、「大罪」にも相当するような所業でありながら、事実上放置されているケースが、存在しています。最近の世界情勢を見てみますと、海上の「島」や「海底」への権利を一方的に主張したり、更にはまた、陸上の「国家の一部」を、白昼堂々と「盗みとる」（まったく不正確な比喩的表現で、申しわけありませんが）事例が、しばしば現われてきています。古い時代には、「国取り（国盗り）物語」など、どこにで転がっている話なのですが、第二次世界大戦からかなりの時間が経ち、世界がそれなりに安定していた時代に生きてきた私たちは、今後、こういったことをきっかけとして、国際法や国際慣例をないがしろにした、血なまぐさい闘争の歴史の揺り戻しがあるかもしれない、と恐れているのではないのでしょうか。今こそ、政治に携わる人々には、人類の歴史とその教訓に学んで頂きたいものです。「自身のものだから、盗む意思などあるわけがない！」と言った「開き直り」の理屈は、原始的な発想の産物としか、言いようがありませんね。世界の超大国には、自制を求めたいものです。

（４）ローマの「窃盗」への対処法には、興味深いところが、いくつも、あります。それを極く簡単に見てみましょう。

（a）窃盗が、ローマでは、幅広い内容を持つ概念であることと、刑法とは接点のないことは、既に述べました。しかし、国家権力が強大化した帝政時代になってくると、窃盗の刑事的な追及が、私法的な追求に取って代わるようになります。

（b）窃盗に対する「制裁」には、罰金（償金）を科することを目的とするものと、財産的補償を目的とするものの両面があります。ここのところを現代的に捉えますと、前者は刑事制裁色の強いものに相当し、後者は民事制裁色の強いものに相当するものになるでしょう。

（c）罰金（制裁金）を加害者に求めるには、「盗訴権」が利用されます。それから、補償を求めるには、「盗の不当利得返還請求訴権」あるいは「所有物返還請求訴権」が、利用されます。これら二種類の訴権は、競合的な関係に立ちますので、盗品価格の最高四倍額の罰金の受領と、盗品本体の取りもどしの双方が、被害者に可能になるわけです。このシステムによって、犯罪予防効果と被害者救済というダブルの効果が得られます。これはかなりよくできた制度でしょう。現代の日本では、刑事裁判と民事裁判は、別系統のものになっていますので、とても使い勝手が悪いのです。刑事事件でひどい損害を受けた人が、その逆境のさなかに、自身の手で、損害賠償を求めて、民事訴訟を打たなければならないからです。犯罪者には資力がないこともしばしばなので、勝訴しても、無力感にさいなまれることもあるので、尚更のことです。

(d) ローマの古法を集大成した「一二表法」には、「現行盗」と「非現行盗」とで、メリハリの利いた差別化（区別化）的な扱いが、設けられていました。そこには、罰の極端な違いが、見えるのです。まず、「現行盗」というのは、「盗みの現行犯」が問題にされるケースです。夜間に窃盗行為があったり、あるいは、昼間に、武器を持った窃盗犯人に人が遭遇したりしますと、被害者は、犯人を殺害しても、責任を問われることは、ありません。但し、そういった窃盗の状況の存在を証明してくれるような人（たとえば、隣人）を、大声を出して呼び集めておかなければなりません。手続法的発想に強いところを示すローマ人ならではの生活の知恵が、ここに見てとれますね。その「現行盗」のケースの拡大版とも言えるのは、盗人と目された人物の家で、古来の儀式に則った搜索が実行され、問題の盗品が発見された場合です。一方、非現行盗の場合には、古くは、法務官（司法担当官）が、鞭打ちの刑を執行した後、被害者に犯人の身柄を引きわたしていたようです。その者は、被害者の奴隷になっていたものと、推測されます。いずれにしても、窃盗の責任は、身体で償わなければならませんでした。しかし、時代が進むと、この身体責任制は、金銭責任制へと改められます。そこには、法意識・法観念や法制度の「進化」が、見えています。裁判を経由して、有責が確定すれば、現行盗（盗品が自宅で発見されてしまった者の場合も、ここに含まれます）の場合には、盗まれた物などの四倍額が、一方で、非現行盗の場合には、二倍額が、それぞれ罰金として課せられるだけになったからです。その他に、二倍額や三倍額の罰金支払い義務を生じさせる「盗品」絡みの特別訴権が、用意されています。

(e) ローマにも、現代の「取得時効」のような制度として、「使用取得」の制度がありますが、盗品には、この制度の適用は、ありません。このルールは、一二表法の規定に源を持つものです。たいていの物が比較的簡単に「使用取得」されてしまうことを考えますと、この扱いの特異性が浮かびあがってきますね。

(f) 夫婦は生活共同体を構成していますし、また、夫婦相互間には畏敬の義務が課せられていますので、とりわけ、妻が、たとえば、離婚に備えて、家産を盗みとるような不祥事が発生しても、そこでは、正規の「盗訴権」は発生してきません。それでも、その物の一倍額を賠償の対象とする「物移動訴権」というものが、開発されています。俗に「法は家庭には入らない。」と言われますが、ローマでは、このような「家内における不当な財物移動の行為」は、十分に「訴訟沙汰」になるのです。

< 10 > 「法務官は、法を言明することはできるが、法を作ることはできない。」

(1) これに対応するラテン語は、< Praetor jus dicere potest , facere non potest . >です。これは、ガーイウス（二世紀）がその法学教科書に記している命題などを参考にして、後代に作られたもののようです。ついでに、前一世紀に文人政治家として活躍したキケローの文学的な表現をご紹介しますおきましょう。「法務官は市民法の護持者であれ。」が、これです。前者の命題は、元首政（帝政）時代の作品ですが、後者の命題は、法務官が本来の職務活動を展開していた、紀元前の共和政時代の作品なので、こちらの方には、いっそうのリアリティーが備わっていますね。

(2)「法務官(p r a e t o r)」は、王政時代の王の保有していた権限の中で、世俗的権限の部分を引き継いだ政務官グループのナンバー2（その筆頭は執政官です）の高級政務官で、その数は、元々、二名でしたが、後に、一〇名ほどに増員されます。彼らは、二つのポストしかない、最上級職である執政官のポストを目ざしながら、一年の法務官任期の間、政治的な活動にも励むのですが、政務官は民会の選挙で選ばれますので、広い意味での「司法」関係の職務を執り行なう過程で、市民に、有能な政治家であることをアピールして、政務官としての人気を高めておくチャンスを見逃さないわけです。ここに、法務官のアクティブな動きを説明する、一つの鍵があります。上流階層出身の者として、彼らは、法の素養はそれなりに持っていますが、まずは「法の素人」と規定してよいでしょう。日本の法務大臣の姿を思い浮かべて頂くと、よいかもしれません。

(3) 法務官団の中軸に位置する、二名の格上クラスの法務官は、ローマ市民間の民事訴訟の指揮を受けもつ役柄の人物と、別の法廷の場で、外人（他の市民共同体の正規の市民）絡みのものの指揮を受けもつ人物との、二人制です。ローマの支配域拡大や大規模な経済の発展が引き金になって、法社会は、質量ともに、激しい変化に見舞われます。それに対応していくには、立法の手段によるよりも、現場主義の個別的な法的措置をケースに応じて積み重ねていくスタイルによる方が、てっとり早く、しかも、効率的で、有用です。そのリード役は、表向きは、公人としての法務官ですが、裏方には、私人としての法学者が控えていて、彼らは、多くの場合、チームを組むようにして、日々動いていたことでしょう。法務官ポスト付きの法学者や、法務官の身分的人脈の中から特に個人的に親しい法学者（法学者の多くは、上流層の出身でした）は、民事全般について、ケース・バイ・ケースで、実学的な修練を積んでいきました（刑事問題を扱う機会は、あまりありません）。彼らは、在野の人ながら、実質的には、「お上」の人の顔も一部持っていたのです。

(4) このような、共和政（紀元前の時代の政体）時代の法のあり方について、後代の元首政（帝政）時代の法学者は、次のように記しています。「名誉法は市民法の生きた声である。」（パピニアース）、「法務官法は、公の利益のために、市民法を補助し、あるいは補充し、あるいは修正するために、法務官が導入した法である。」（マルキアース）　ところで、法務官は、その職責上「名誉(h o n o r)」(日本語の「名誉職」と関係のある言葉です)を保有していますので、歴代の法務官たちが編みあげた法（一種の裁判慣習法）の集積物は、「名誉法(j u s h o n o r a r i u m)」と呼ばれます。極く緩やかな、現代流の受けとり方をお許し頂ければ、「判例法は制定法の生きた声である。」ぐらいのニュアンスが、先の表現の中に籠められている、ということになりますね。

(5) 次に、後者の格言について、少し詳しく見てみましょう。強力な命令権の保有者である法務官は、それが発動される現場の一つである民事訴訟の掌理を担当する者でしかありませんから、実体法上、相続人を創出するようなことなど、できませんが（タテマエ）、それでも、人々に、ある人を相続人のように扱わせるようにすることが、できます（ホンネ）。その結果、その人物は、「相続人の地位にある者として」法社会から認知され、「相続人」となることはなくても、「遺産占有」を保有することになるのです。相続の実質（ホンネ）を手に入れた人には、それで十分でしょう。先に「市民法を補助・補充・修正する」のが法務官法のポイントであると記しましたが、相続問題に当てはめるかたちで、その処理の姿を見て頂きます。

(a) 誰が相続人であるかがまだ不明確である場合に、相続問題に暫定的に決着を付けて、事態を安定させるために、法務官は、自身が相続人であると考えてる者

に、ひとまず「遺産占有」を付与しておきます。もし、それに異議を唱える人物が現われてきて、この彼が相続財産請求の訴訟で勝訴しますと、そこで相続人でない、と認定された遺産占有者は、自身の手の中にある財産を本来の相続人に引きわたさなければなりません。しかし、実のところは、立証をしていく際、攻め手の原告の方が、訴訟の構造上、守り手の被告よりも相対的に弱い立場におかれていますので、遺産占有者には、それなりに、メリットも、既に、得られているわけです。これが「補助」の場合です。

(b) 市民法上の相続人がまったく存在しないときには、法務官から遺産占有を許された人は、最終的にそれを確保することができます。これが「補充」の場合です。

(c) 法務官が、何らかの事情により、市民法上の相続のありかたそれ自体を不衡平と考え、敢えて、その正規の相続人とは別の人に、遺産占有を与えてしまうような、過激な措置を取ることも、あります。これが「修正」の場合です。もちろん、相続人側は、相続財産請求訴訟で、反撃を試みるでしょうが、しかし、いとわゆる「悪意の抗弁」を法務官から認められている遺産占有者の地位は、訴訟の場で、実質的には、かなりしっかりと、保全されます。これは、法務官のパワーが最大限に発揮されたケースに当たるでしょう。

(d) そのようなわけで、法務官は、「法を作る」ことはできませんが(タテマエ)、しかし、「法を操り、それと同格の社会的ルールを編みだす」能力を身に付けました(ホンネ)。成文法・制定法主義が厳然と控えている日本では、司法のトップである最高裁の裁判官集団であっても、ローマの法務官のような、しっかりとした「動き」を軽快にすることは、ないでしょう。因みに、イギリス法には、「衡平(エクイティー)は、法を作らず、法を助ける。」という格言があります。これは、ローマの法務官が、ローマ流の「衡平」を重んずる姿勢を常にとっていたことと内面的に関連があることを示す命題ですね。

(6) 以上は、「司法官」としての法務官の顔についての話ですが、しかし、このパーソナリティーには、前者の場合の他に、日常世界で、身軽に動く「行政官」(しかも、政治的な判断も加味して動くことも、ときにはあるでしょう)風の顔も、あります。「司法官」と言っても、ローマ特有のシステムがあるせいで、法務官は、自ら判決を下す立場にはなく、その動きには限界がありますが、後者の場合には、世にきらめく高級政務官として、自由裁量のかたちで、法的トラブルを、現場で、単独で解決することが、彼には可能になっています。次に、具体的に、法務官の各種の措置(特示命令の発布)を見ていきましょう。

(a) 特示命令の種別・・・これは、「禁止する」・「返還させる」・「提示させる」ということを内容としています。特示命令を発布して欲しい人が、法務官にそれを申請することによって、法務官が適切な処理をしてくれるでしょうが、その措置に不満を抱く人は、民事訴訟的な構造の特別手続において、反撃を試みることができます。

(b) 原状回復を可能にする事例・・・これは、強迫、詐欺、債権者侵害、未成熟者を欺く行為などがあった際に、法務官によって発動されるものです。

(c) 法務官問答契約の締結・・・裁判絡みの物と、裁判外のものとが、あります。いずれも、法務官の事実上強力な介入によって、「契約締結」が具体化します。この状態になれば、その後のトラブル処理などが、スムーズになってくるでしょう。

(7) 法務官が実質的に活躍できたのは、大体のところは、共和政時代に限られ

ます。後代には、このポストは、ただの名誉職となりました。それでも、これが、とても名誉のあるポストであることに、変わりはありません。

< 1 1 > 「信義は守られるべきである。」

(1) < F i d e s s e r v a n d a e s t . > が、この日本語命題の元になっています。このような言い回しは、「ローマ法大全」の一部を構成する「勅法彙纂」の中の法文の表現をベースとして、後代になって生まれてきたものでしょう。その法文では、有名なく P a c t a s u n t s e r v a n d a . > (約束は守られるべきである。) の場合と同じような文法構文が見られますが、その「約束」と同じように、「信義」が守られる、というのは、言うまでもなく、人の道理に適ったことです。しかし、裁判の手段に訴えてまでも、相手方に「信義」の遵守を強く迫るということが、法制上、果たして許されてよいものか、という問題が浮上してきます。この命題は、そういった限界状況の下でのことにも、関係します。

(2) さて、今回は、いかにもローマ的な「信託遺贈 (f i d e i c o m m i s s u m) 」という制度について、解説を試みてみましょう。ローマでは比較的珍しいことなのですが、とてもきれいな定義的表現が、これについて、存在しています。「信託遺贈は、市民法上の文言によるのではなくて、懇請のかたちで、遺されるものである。それは、市民法の厳格さに由来するのではなくて、それを遺す人の意向に基づいて与えられるものである。」が、これです。「信託」というのは、「人の信義にあることを託す」ということですから、信託遺贈と信義は、内面的に繋がりにあっているのです。

(3) わが日本は、古来より、「信義の国」であることを民族の誇りとしてきたように、筆者個人には思えるのですが、ローマも、世界に冠たる「信義の人の国」でした。イギリスの思想家・ベーコン（一六世紀～一七世紀）は、ラテン語で、「信義は、他の人の意図に沿った、ある人の良心の義務である。」と定義していますが、ジェントルマンであることを誇りとするイギリス人も、信義を大切にする人たちでした。表題のラテン語命題も、イギリスの法学者によって、しばしば言及されています。因みに、「信義は敵に対しても守られるべきである。」という、意味深い命題も、イギリス人の作品です。わが国では、世界の法先進国の場合と同じように、< f i d e s (信義) > という名詞に、< b o n u s (よい) > という形容詞が掛かったかたちの < b o n a f i d e s > という法術語が、「信義誠実」という意味の言葉として、法の世界における理論や実務の領域で、重要な位置を占めています。

(4) ところで、「信託遺贈」がここで話題として取りあげられる際のポイントとなっているのは、ローマの「相続制度」、「遺贈」、「信義」、「民事訴訟制度」の四つです。これらを、順次、簡単に見てみましょう。

(a) 現代の日本でもそうですが、相続の形態には、法定相続と遺言相続の二タイプがあります。歴史的には、前者が先に登場しました。法定相続の基本的なルールの中で重要なものは、未成年者（端的に表現すれば、「子供」）でも、女性でも、相続人資格を立派に保有していること、および、相続財産の配分が実施される場合に、均分方式が採られていること（たとえば、被相続人＝死者の家長権の下に服属していた五名の実子・養子と、死者＝家長の妻は、それぞれ、六分の一

の相続分を獲得します)です。被相続人よりも前に死亡していた子に彼自身の妻や子がいた場合には、問題の子が生存していた場合に貰えたはずの持分が、彼らに、全体として、与えられます。また、胎児にも、相続権が与えられて、保佐人が、その利益を代弁します。全体的に見れば、古ローマの法定相続制度は、それなりの気配りもちゃんとできているシステムである、と判定してよいかもしれません。

さて、時代が下るにつれて、社会・経済の変化や市民の個人意識の高まりなどの要因から、被相続人(死者)の意思・意図・意向を忠実に反映するかたちの相続のスタイルが、常態となりました。公の法によるのではなくて、私的な個人意思を反映した「遺言相続」の姿が、前面に出てきたのです。その意思・意図・意向は、かなり厳格な方式規制の下に成立する、要式行為である「遺言」の中に、示されます。誇張もあるのですが、ローマ人が、毎日のように、その日の気分に応じて、遺言を書き換えていた、という話もあります。遺言というと、とたんに身構えることが多い私たち日本人の場合とは正反対の空気が、ここにありますね。

(b) 遺言の中には、「贈与」の一種である「遺贈」を指示する条項が加えられることがあります。たとえば、「私は、ティティウスにスティクス(奴隷)を与え、遺贈する。」というものが、この一例です。特に、派手な生き方をしてきた資産家の場合には、遺贈分の割合があまりにも高く、本来の相続の方に回っていく資産部分が少なくなるという、ある意味では異常な現象も見られました。それに対処するために、前四〇年には、遺贈分は相続財産の四分之三を超えてはならないことを規定する法律が制定されています。

(c) 普通の遺贈の他に、問題の「信託遺贈」というタイプがありますが、これは、人の信義だけを頼りに実行されるものです。遺言の場合のように、その法的処分に複雑な方式規制が掛けられるようなことはなく、まったく無方式で、たとえば、「私は君の信義に委ねる。」といった趣旨のことが、相手方に伝えられるだけで、足ります。人が、正式の遺贈ではなく、わざわざ不透明な信託遺贈のルートを経由して財産を動かす理由には、色々ありますが、その一つに、遺贈に制限を掛ける法律の適用を回避する目的が、あるでしょう。信託遺贈の中で最もインパクトがあるのは、相続財産全体をただ一人の相続人に信託遺贈してしまい、時を置いて、信託遺贈を経由しながら、その相続人の手で、別の誰かが事実上の全体相続人に仕立てあげられる、という裏技が駆使されるケースでしょう。

(d) その信託遺贈が実現されなかった際には、信義を果たさなかった人に対して、広い意味での利害関係者が遺贈の実行を迫ることは、事の性質上、不可能なのですが(これは、いわゆる「自然債務」の場合の成り行きと、似たようなものです)、後代には、信義違反の行ないが横行する風潮が目だつようになってきましたので、その実行を訴えの手段によって強制する道が、おそらく元首(皇帝)のイニシヤティヴによって、開かれました。しかも、それは、従来の正規の民事訴訟のルートによらずに、別系統の特別手続をベースにしています。このような例外的な措置をきっかけにして、その手の「枠外の」司法実績の積み重ねにより、共和政以来、ただ一人の私人審判人が握っていた、判決を下す地位は、皇帝直属の官吏(裁判官)の下へ、徐々に、適用範囲を広げるかたちで、移管されていきます。これが、後代になって「特別審理手続」へと編成されて、現代の大陸法の民事裁判の原型となりました(わが日本の民事裁判も、この流れを汲んでいます)。

(5) このように、ローマ人は、長い歴史の中で、社会のさまざまな分野における変化に、時間を掛けながらも、小まめに対応する法運用をしていく努力を怠りませんでした。これが、ローマを、人類の歴史上特筆される「法の国」にまで仕あげた原動力の一つとなっています。そこで磨かれた「法技術」は、古代産のもの

のとは思われぬほどの合理性を、あちこちで示しています。後代の西欧の法制が、いわばモダンなローマ法の技術を参考にして編みあげられたのは、そのような素地があったからでしょう

< 1 2 > 「未発生損害とは、まだ生じてはいないが、しかし、それが生ずるのではないかと、私たちが恐れている損害のことである。」

(1) < D a m n u m i n f e c t u m e s t d a m n u m n o n d u m f a c t u m , q u o d f u t u r u m v e r e m u r . > が、その原文です。これは、在野の法学の指導者として法学の歴史において名高いガーイウス（二世紀）が編みだした学説法文です。これは、法学教科書からピックアップされてきたような、過不足のない定義的表現ですね。読者の方々の中には、「発生もしていない損害 (d a m n u m i n f e c t u m)」がなぜ法的な話題になってくるのかと、いぶかれる向きもあるでしょうが、実は、これは、私見によれば、ローマ人の具えていた「危機管理能力」の高さを象徴的に示してくれるシステムの表われなのです。現代の人々が、今後、「損害賠償」制度一般の設計を完璧なものにする際、参考にして頂きたいポイントが、ここに示されているのではないのでしょうか。事故に対する金銭的な備えを整ったものにするのが、危険だらけの現代社会において強く求められているからです。

(2) ある土地・家屋の所有者は、隣の土地にすでに存在している建築物が倒壊してきて、自身の土地・家屋に大損害が生ずる危険に晒されるような事態に立ちいたったとき、まず、隣人に対して、倒壊予防のための工事をするなど求めるでしょう。ローマの市街地では、人口過剰のために、二階建以上の建物も珍しくありませんので、こういった危険がいっぱいの家の手入れには、手間もコストも、掛ります。利害関係者間で巧く話しが付くことは、難しいに違いありません。これは、現代日本でも、同じようなことですね。私たち日本人は、隣人に声高にクレームを付けることをあまり好みませんので、不安に耐えながら、事故が起きないようただただ祈るだけになる場合が、普通でしょう（将来は、もっとドライで、シヴィアな行動スタイルが、日本にも生まれてくるでしょうが）。それから、災難が生じたとき、きちんと賠償をしてくれるかも、心配の種ですね。火災保険は、今では、完備していて、延焼に対して自衛することも可能ですが、それ以外のタイプの損傷には、巧い手は、今は、ありません。

(3) さて、権利意識も危機意識も強いローマ人の中には、果敢に前進して、法務官の許へ赴き、その強力な指導（私たちにお馴染みの「行政指導」のような、「柔らか」構造のものでは、ありません）の下に、「未発生損害担保問答契約」の締結を勝ちとる人物も、います。この契約は、単なる私的法律行為ですが、公が絡んでいるだけに、重々しいものとなっていたことでしょう。もし、隣家の所有者が、将来発生することが予測されている事故から生ずる損害に相当する分を、事故発生時にきちんと賠償することを、この問答契約を通じて、あらかじめ約束してくれれば、これで、問題は、ひとまず、解決します（もちろん、資力がなくて、賠償を実現できない人も、いることでしょう）。しかし、自身に大きな経済的負担を強いるような担保提供に応じない人が出てきた場合には、危険を感じて行動に出たその隣人は、法務官の職務行為に属する「第一次の裁定付与」の手続を経て、法務官から、その土地の「所持（広い意味での占有）」を許されます。それでもなお、担保の提供に頑強に抵抗する状態が続いた場合、法務官は、「第二次の

裁定付与」を通じて、いわば「法務官法上の所有権」を、その隣人に付与してしまいます。これで、その隣人は、問題の建物を手にいれて、予防措置を自力で施すことも、可能になります。さすがに、現実には、ここまで事態がこじれることなど、ないでしょうが、まずは、見事な制度設計になっていますね。

（４）ところで、本編のテーマは、明確な形と内容を備えた強力な権利として、歴史的に世に知られている、ローマの「所有権」にも、制約が各方面からさまざまに掛けられていることを指摘するために設けられたものです。ここでは、具体的に、隣近所との間に互いになりたっている「相隣関係」が、話題になります。「自分の土地に自分で建てたものがどのようなものであっても、人の目を気にすることはない。もし事故が起これば、そのときになって対応していけば、よいのだ。」という「自己中」風の輩には、危ない隣家に身の危険を感じつつけるとともに、将来降りかかる経済的損害（とりわけ、加害者の責任逃れ）を心配するお隣さんの事情など、どうしてもよいことだったかもしれません。しかし、町の公安・治安・安全を確保・維持するための日常的な任務を帯びていた法務官は、市民の要望に応じて、自らの保有する命令権（職権）をフルに駆使して、市民に各種の予防措置を取らせるよう仕むけることも、少なくなかったでしょう。ここには、「司法官」としての顔の他に、「行政官・警察官」としての顔も、見えています。

（５）先の話は、既存の建物に絡む問題なのですが、隣人がある人の権利（たとえば、役権）を侵害しかねない建築物を建てようとしているとき、そのある人は、新築工事の禁止をその隣人に通告することができます。それでも工事が続行される際には、事件発生から一年以内であれば、法務官に対して、行政命令・警察命令のようなものである「取壊しの特示命令」の発布を、申請することができます。うまくいけば、これで、違法工事にストップを掛けて貰うことが、可能になるわけですね。

（６）この他、もっと日常的な、相隣関係の例があります。

（a）ある人は、隣接する土地に生えている樹の枝や根が自身の土地に入りこんできたとき、隣人に対して、それらの除去を請求する権利を保有しています。

（b）ある人の土地に生えている果樹から、隣の人の土地に果実が落下しているとき、そのある人は、一日おきになら、その果実を収取するために、隣の人の土地に立ちいることができます。

（c）ある土地から、隣地へと、常識的に見て許容限度を超えるかたちで、煙、蒸気、臭気、騒音などが、入ってくるときには、被害を受けている人は、正式の訴え（本件の訴え）や占有を保護するための手段（特示命令）を用いて、それをストップさせることができます。

（d）低い土地の所有権者は、高い土地の所有権者が人工的な工事によって雨水などの自然な流れを変更したために、水問題が発生してきたとき、「雨水阻止訴権」によってそれに対抗することができます。

（e）公道へと通じていない土地を保有する人は、他人の土地を通りぬけることができます。とりわけ、墓所への通行権が、重要です。

(f) 二筆の農地の間には、農業用の鋤を方向転換させるために、五歩の土地(境界地)を設けておかなければなりません。この土地は、一対一の比で、隣人たちそれぞれの所有物となります。

(7) これらの「相隣規定」は、ローマ最古の法典である一二表法にも存在するものでした。農耕社会であったローマでは、隣人相互間のトラブルが頻発していたために、生活の知恵として、社会的ルールを法規化する必要が強く感じられたに違いありません。

(8) ローマ法上の所有権は、公共の利益を図るための各種の制限や、この相隣関係法に基づく制限などの「公的な」ものの他に、共有や担保物権設定や譲渡禁止などの、私人のイニシヤティヴによる措置によって、制約を受けています。これらの個別的な制約の他にも、「権利の濫用」にブレーキを掛ける発想に基づく一般的な制約が、存在します。

< 13 > 「悪意は年齢を補充する。」

(1) < *M a l i t i a s u p p l e t a e t a t e m .* > が、表題の日本語表現の元となっている命題ですが、これは、「ローマ法大全」の一部を構成する「勅法彙纂」の内の一法文に登場する法的命題です。ところで、まったく違ったシチュエーションでの話なのですが、現代法において、「婚姻は成年を作る。」という立派な法制度(未成年がこのような成人擬制の特典を受けられるのは、私法関係についてだけです)がありますし、それどころか、「大学入学は成年を作る(一八才の新入生でも、大っぴらに酒が飲める)。という世間の俗説も、どこから聞こえてくることがあります。このように、法治国家においては、人を、その年齢によって切りわけ、それぞれの段階の人について、その地位＝ステータスを考慮しながら、リーズナブルに処遇するよう、心がけられています。ところで、「年齢問題」で最大のポイントとなるのは、いわゆる「成人年齢」をどこに設定するか、という問題です。世界の法先進国の例では、大体のところ、二〇才派(日本の場合は、これです)と一八才派の二手に分かれるようですが、それぞれに一長一短がありますね。「国政選挙を筆頭とする選挙での投票権を何才になれば持てるか」という、政治的に重要な問題が、これに絡んでいますので、制度設計には色々と難しいところがあります。

(2) 本論に戻りましょう。ローマは、「年齢問題」に関して、歴史上、極めてユニークなスタイルを取った国家です。そのために、ローマ人のスタンスは、現代に対して特に示唆するところを何か持っている、というわけではありませんが、とりあえず、大昔の「法治国家」ローマの姿を見て頂くことにいたしましょう。

(3) まず、表題の格言の周辺を探る必要があります。話の大前提として、まず、ローマの家構造の特異性を強調しておかなければなりません。つまり、家長の子は、その家長の家長権に服属している限り、どれほどの年齢に達しても、法的に独立の地位を与えられることは、ないのです。それでも、家長が死亡しますと、家子身分から解放されて、一人立ちします。古代の国家を含めた、世界の各国では、それぞれの国の制度に基づいて、子が、成年に到達すると、いわば自動的に、親の権力から離脱していく現象が見られるのとは、根本的に違いがあるのです。それでも、賢明なローマ人は、肉体的にも社会的に十分成熟した家子(男子)を自身の家長権の縛りから解きはなつてやる手続を考案していますから、タテマエの硬さの捉われずに、ホンネの柔らかさの側面に眼を向ければ、ローマ人の合理

的な行動様式を見ぬくことも、私たちに可能になってくるでしょう。

(4) 古法によりますと、後述するように、一〇才代前半の年齢に達した人は、「成熟者」の扱いを受けるにいたり、完全な法律行為能力も、不法行為能力も、身に付けることになります。もちろん、この現象は、厳密には、家長の死亡などにより、「他権者」から「自権者」へとステイタスを激変させた人についてだけ、言えることです。しかし、領土の拡大などをきっかけとして、時代環境が大きく変化し、生活関係が複雑化してきますと、相続などにより、それなりの資産を分け与えられた「自権成熟者」は、経済活動の現場で、未熟さのために、翻弄され、たちの悪い連中の餌食になることが生じてきました。余談ですが、皮肉にも、現代日本においては、リッチで孤独なご老人が、狙い打ちにされて、とんでもない被害に遭うケースと似たような現象が、ここにあります。さて、共和政の最盛期に当たる前二世紀に制定された「ラエトーリウス法（プラエトーリウス法）」は、二五才というところに新しい年齢の段階を設けて、それ以下の年齢の者を、「年少者」と位置付けることにしました。その立法趣旨は、年少者を欺く輩から、彼らを国家が保護してやることにあります。そこで開発された法技術はなかなかのものでして、自身を欺いた相手方を訴訟の場に引っ張りだすための「罰金訴権」、訴えられた際に身を守ってくれる「抗弁」、いったん生じてしまった不利益状態を元に戻すための「原状回復」を引きだす公的手段など、多彩です。同時に、法務官は、その年少者の要請に応じて、保佐人も任命することができます。「年少者には、助けが与えられる。」< S u c c u r r i t u r m i n o r i . > (パウルス) と言われているのが、その表われです。そこで、表題の格言の意味するところについてですが、二五才未満の人物が、悪意で（端的に言えば、故意により）法律行為を実行したとき、法務官が「原状回復」という、特別の救済措置を取ってやることは、という趣旨のものです。「よくないことをやらかした者は、よくない結果を受けいれるべきである。」のは、道理に合ったことですね。

(5) それでは、ローマの年齢問題について見てみましょう。

(a) 自由身分で生まれた人は、出生の時点から、「権利能力」を保有しています。七才未満の者（幼児）は、自身の行為によって何らかの法的効果を生じさせる能力は与えられていませんが、それでも、積極的な行動が必要とされていなければ（たとえば相続を通じて）、権利を獲得することは、できます。つまり、行為能力は、幼児には、ありません。また、不法行為によって責任を問われることも、ないのです。

(b) 次の段階の人は、「未成熟者」ですが、これは、性的成熟の状態に達するより前の若者のことです。まず、男子については、当初は、ケース・バイ・ケースで（つまり、ホンネに着目して）、「成熟者」と認定するかどうかが決められていましたが、後には、一四才を満了した時点で（つまり、タテマエ通りに）、成熟期が到来したものと、扱われます。このことは、社会的には、トガという衣服を儀式に則って着用することによって、世の人々に明らかになりました。昔の日本の武士社会にも、同じような儀式が、ありますね。次に、女子については、当初から、一二才の満了が、成熟期の始まりとされていきました。彼らは、現在の尺度からしますと、どう見ても、「若すぎる大人」なのですが、しかし、家長（父など）の家長権の保護下にある限り、法世界の表舞台に立って行動することはありませんので、未熟な若者の不手際がすべて問題になるようなことは、ないわけです。しかし、彼らが、このような「他権者」状態から、家長の死亡などによって、自動的に「自権者」に昇格したときには、もちろん、その法律行為や不法行為を一人前に行なうことができ、責任をきっちりと問われることになります。これは、とても怖い話ですね。どう見ても、このような状態は、不安定要素を多く含み、

また、不都合な結果をさまざまに生じさせますので、上記のような是正措置が、法律制定によって、講じられることになったのです。

(c) 未成熟者（自権者として、法的に独立人となっている場合に限ってのことですが）は、たとえば、売買契約のような、「権利」も「義務」も伴っている行為に関わることも、生活上必要となってくるでしょうが、その際、後見人の「助成」を受けなければなりません。具体的には、後見人が取引の現場に立ちあうことになるのです。

< 1 4 > 「法格言のかたち」

(1) 本編中のこれまでの法格言は、すべて、その内容（ホンネ）の興味深さに筆者個人が着目して、取りあげられてきたものですが、一般に、簡潔な文章命題には、内容の面白さの他に、表現形式（タテマエ）の面白さもありますので、今回は、特別に、ラテン語ならではの言い回しを活用している例を、パターンの分類してお眼に掛けましょう。もちろん、これらは、内容的にも、それなりに深い意味を帯びているものばかりです。

(2) < s e m e l（いったん）>という副詞と、< s e m p e r（常に）>という副詞を組み合わせたパターンが、第一グループに属します。

(a) < S e m e l h e r e s s e m p e r h e r e s . > [いったん相続人となった人は、常に相続人である。]・・・そもそも相続というものは、社会的にも法的にも重大な事柄なので、ローマ法では、期限付きの相続や条件付の相続など、不安定性を帯びたタイプのものは、一切認められない扱いになっています。

(b) < S e m e l a b s o l u t u s s e m p e r a b s o l u t u s . > [いったん無罪となった（免訴判決を受けた）人は、常に無罪となった（免訴判決を受けた）人である。]・・・現代の日本の三審制の下では、無罪判決や免訴判決が、上級審で覆えされることがしばしばありますが、それは判決の確定に到るまでの過程の一コマと、考えておけば、事態は、このルールには抵触しません。もっとも、アメリカの刑事訴訟法では、一般に、陪審裁判のルートで出された無罪判決は、それで確定という、メリハリの利いた仕組みが採られています。これについては、同輩市民が裁きを付けたからには、それを尊重するのが、スジだ、という説明の仕方もある。それに、被告人を二度も有罪判決の危機・危険に晒す、などという扱いは、道理に反するものと、感じられているせいもあるでしょう。日本では、そのようなことは誰も感じていないようですが。「所変われば品変わる。」なのですね。

(c) < S e m e l m a l u s s e m p e r p r a e s u m i t u r e s s e m a l u s i n e o d e m g e n e r e . > [いったん悪い人とされた人は、同じ部類のことにおいては、常に悪い人であると、推定される。]・・・これは、比較的穏やかな扱いですが、その他に、「いったん悪い人であった人は、常に悪い人であると、言われる。」という極論型の命題も、あります。前者の命題についてですが、このような「推定」を打ちやぶることは、訴訟上でも、日常的にも、実際は容易なことではありません。

(3) < e j u s > [その人の（ものである）]という指示代名詞（属格形）と、

< c u j u s > [～がその人のものであるところの]という関係代名詞(属格形)が、組みあわさってパターンが、第二グループに属します。近代諸国語の場合とは違って、わずかに二語にかなり深い意味を盛りこめるところが、特徴となっています。これらの格言には、ローマ人は大切にしていた「バランス感覚」の一端が見えていますね。

① < E j u s e s t p e r i c u l u m , c u j u s e s t d o m i n i u m a u t c o m m o d u m . > (パウルス) [所有権あるいは利益が属する者に、危険負担が属する。]

② < C u j u s e s t c o m m o d u m , e j u s e s t o n u s . > [利益が属する者に、負担が属する。]・・・高度に発達した資本主義的経済の下では、営業利益に見あうだけの社会的負担を営業コストとして計上した上で、対応を取る姿勢が、企業に強く求められるようになってきているのですが、そこには、「無過失責任」の発想さえも、盛りこまれます。

③ < E j u s e s t t o l l e r e l e g e m , c u j u s e s t c o n d e r e . > [法律を制定する権限が属する者に、それを撤廃する権限が属する。]

④ < E j u s e s t i n t e r p r e t a r i l e g e s , c u j u s e s t c o n d e r e . > (「勅法彙纂」) [法律を制定する権限が属する者に、それを解釈する権限が属する。]

⑤ < E j u s e s t m o b i l i a , c u j u s e s t d o m u s . > [家が属する者に、動産が属する。]

⑥ < C u j u s e s t d a r e , e j u s e s t d i s p o n e r e . > [与える権限が属する者に、処分する権限が属する。]・・・< e j u s > と < c u j u s > の組み合わせの代わりに、< e j u s > と < q u i > (関係代名詞の主格形) の組み合わせ方式が用いられる表現は、いくらか近代的な言い回しですね。< E j u s e s t a c t i o n e m d e n e g a r e , q u i p o s s i t e t d a r e . > [訴権を拒絶することは、付与することもできるような人に、できることである。] が、その例文です。

⑦ < C u j u s j u r i s e s t p r i n c i p a l e , e j u s d e m j u r i s e r i t a c c e s s o r i u m . > (ガーイウス) [主たる物について権利を持つ者が、従たる物について権利を持つであろう。]

⑧ < C u j u s r e g i o , e j u s r e l i g i o . > [支配権が属する者に、宗教が属する。]・・・「語呂合わせ」も見事な、この超圧縮型の命題の意味するところは、一つではないでしょうが、「国のトップの信奉する宗教が、国家全体の宗教になる。」という読みも、あるでしょう。

(4) < n u l l u s [何らの～も、～ない] > という形容詞と、< s i n e [～なしには] > という前置詞が組み合わさったパターンが、第三グループに属します。

① < N u l l u m c r i m e n s i n e l e g e . > [法律がなければ、何らの犯罪もない。]

② < N u l l a p o e n a s i n e l e g e . > [法律がなければ、何らの刑罰もない。]・・・ご存じのように、これら二つは、合わさって、罪刑法定主義の発想を鮮明に示すものとなっています。ローマにも、その萌芽的形態は、ありました。

③<Nulla poena sine culpa .>[過失がなければ、何らの刑罰もない。]・・・「刑罰」のところは、「賠償」と読み替えることも、できます。

④<Nulla poena sine regimine legali .> [適正な管理なしには、何らの刑罰もない。]

⑤<Nulla mora sine petitione .> [請求なしには、何らの遅滞もない。]・・・話は逸れますが、「盗人には常に遅滞状態にある。(Fur semper in mora est .)」という格言があります。債務者が、債務の履行に際して「遅滞」に陥った状況の下で、不可抗力が及んできたケースを筆頭とする「事変」に債務者が見舞われたとき、遅滞があったことを重く見て、それについて責任が問われることになっています（普通の場合なら、免責されますが）。これに対して、悪事を働いた盗人には、即時に「遅滞」が生ずるとして、責任逃れはさせない仕組みになっているのです。なお、ローマ法では、⑤に掲げたルールが妥当しますが、ローマ法の直系の弟子であるドイツ普通法では、「期限は人に代わって催告する。(Dies interpellat pro homine .)」という合理的なルールが、生まれてきています。

⑥<Nulla regula sine exceptione .> [例外がなければ、何らの原則もない。]

⑦<Nulla taxatio sine repraesentatione .> [代表の存在なしには、何らの課税もない。]・・・これは、英語の<No taxation without representation .>のラテン語版の表現です。これは、イギリス本国には住まず、植民地であるアメリカに住んでいるイギリス人が、イギリス議会に代議員を出していないことを根拠として、非課税の取扱いを要求した故事に関係する命題です。

<15> 「訴権がなければ、何らの裁判もない。」

(1)<Nullum iudicium sine actione .>が、この日本語文に対応しているラテン語命題です（申しわけありませんが、これは私製のラテン語表現に過ぎません）。訴権の定義は、「訴権は、自身に負われているものを追求すること以外の何ものでもない。」（法学提要）です。

(2)現代の日本法では（外国の他の国の法でも、おそらく同様なのでしょうが）、人が、民事訴訟の手段に訴えて、自身の言い分を貫徹しようとするとき、極く大ざっぱに言えば、どのような状況・状況下のものであっても、とにかく、事案を裁判所に持ちこむことは、できるはずです。もちろん、あまりにも、非常識なもの、奇想天外なもの、公序良俗に反するようなものについては、論外ですが。裁判所としては、一応の審理をした後に、原告の訴えには利益がない、などの理屈で、「門前払い」風に、訴えを退ける判断を示すこともあるでしょうが、それでも、とにかく、訴訟には、なりますね（「訴権」といった明確な概念道具を訴え手が駆使しなくても、裁判はなりたつのです）。訴訟が成立しますと、訴える側は、判決が出るまで、相当期間、時間が稼げる上に、相手方に心理的なプレッシャーを掛けつづけることができ、それなりにメリットもありますので、色々な意味で余力のある人なら、このようにして、提訴を実行する手段に出ることも、少な

くないでしょう。

(3) 一方、ローマでは、これとは違った情景が見られるのが、通例でした。比喩的な言い回しを用いますと、「裁判＝訴訟」という構造物に入らせて貰うための「入口」は、昔から、とても狭くなっていまして、しかも、訴えの「形」がその入口の「形」に合わないと、そこを通して貰えないのです。ですから、裁判に挑む人は、訴訟を指揮する役柄を持つ法務官と、まず対峙するわけですが、そういった「入口問題(法律問題＝タテマエ問題)」をクリアすることが、訴え手には、難問となっています。法務官が「OK」を出してくれない限り、彼は前へは進めないのです。一方、法務官がいったん訴訟の設置を認めますと、次の段階での判定事項について、彼は手際よく用意をしてくれます(この辺りのことについては、後述しましょう)。ここまでが、第一段階の「法廷手続」です。その後には、その法務官が退出してから、第二段階の「審判人手続」が、主として「事実問題(ホンネ問題)」をめぐる、一私人である審判人の面前で、取りおこなわれます。判決を下すのは、裁判役の法務官ではなくて、公の任務を帯びた、このただ一人の私人審判人です。第一審で終了となります。なお、このような裁判の形態は、主として紀元前の共和政時代に生まれ育った裁判制度上のものでして、次の帝政時代に入りますと、現代の大陸法の民事裁判とよく似た構造を持つ裁判の型(官吏である裁判官が、審理と判決を一貫して行なうタイプのもの)が、古来のものにとって代わります。さて、現代の大陸法系の国家では、制定法・成文法のかたちで、法規範が、眼に見えるものとして、歴然と存在していますので、法専門家はもちろんのことは、一般市民でも、「権利」を具象的・具体的にキャッチすることが可能になっていますが、一方、ローマでは、これは、民事訴訟の場で、手探り状態で、掴みとるしか、手はありませんでした。そのようなわけで、彼らローマ人の日常的な関心事は、まずは、「どうすれば、事案を訴訟にまで、持ちこめるか」でした。法の運用に携わる法務官は、「訴訟の場を設けて欲しい」という社会の要請の「大波」に日々対応するために、知恵を絞ったことでしょう。

(4) 法務官は、文武の大権を保有する高級政務官として、軍を指揮することもあるのですが、普通は、一年の半分を少し超えるくらいの開廷日に、たいていは一日で終わる裁判の前半部分を受けもつ任務が、その中核になります。ローマ市民同士の民事裁判の掌理を分担するのは、全国でただ一人の「市民係法務官」です。彼は、このように、現場(ホンネ)の人なのですが、もう一つの重要な仕事も、します。それは、実際上は、一年に満たない任期の初めに、その任期中に自身が主宰することになる民事法廷で、自身が、自身の責任において、裁判向けの法ルールとしてどのようなものを援用する用意があるかを、予め公示しておくことです。この公示物は、「告示」と呼ばれますが、その内容は、歴代の法務官がコツコツと創りあげてきた具体的な裁判規範の集積物です。一般市民には難解な文言がそこに並んでいます。彼らは、法学者に尋ねるなどして、その時々裁判＝法について、実践的な知識を入手していたことでしょう。そうなれば、無用な訴訟沙汰も、避けられるはずですね。やや不正確な表現をお許しいただけるなら、これは、現代の「判例法」のようなものです。ここは、「タテマエ(裁判の枠組み設定)」が問題になる場、というように見ることもできるでしょう。共和政の進展とともに、民事法廷の現場で、数百年にわたり積みあげられてきた告示群は、元首政(初期帝政)の盛期に当たる後一三〇年ころに、法学者であるユーリアヌスの手で、「永久告示録」のかたちで、固定されます。もちろん、これは、「勅法」の一種という位置付けにおいて、重要な「法源」となりました。

(5) 法務官が現実の民事訴訟において、法を運用するスタイルには、伝来型のものと、新規型のものの二つが、あります。前者は、過去のの無数の法務官によって創出され、また引き継がれて、それなりに固められてきた法ルールをそ

のまま適用して（外部に示してあるタテマエに則って）、審理を進めていく場合として、後者は、自らの裁量判断で、当座の新たなルールを、アド・ホック（に）つまり、「ホンネ」スタイルで一、暫定的に設定して、前へ進んでいく場合です。法の素人である法務官は、そのような「冒険」は自力ではできませんので、ここでは、法学者のアドヴァイスがどうしても必要なものでした。

（６）さて、政務官が法創造の面で大いに活躍する場は、共和政時代の二番目の民事訴訟手続である「方式書訴訟手続」です。その第一段階の「法廷手続」において、法務官は、原告および被告の言い分を参考にして、判決を下す任務を帯びた私人審判人宛ての、訴訟プログラムを作成します。第二段階の「審判人手続」の場面には、法務官はいませんので、そういった「判断資料」が渡される必要があり、あります。「私人が裁く」という構造になっているために、明確な「指令書」なしには、審判人はスムーズに動きませんので、これは、至って合理的な仕組みなのです。両当事者は、このプログラムに則ってなされた審判人の判断（判決）を受け入れることに、予め互いに合意しておきます。

（７）次に、買主が売買目的物の給付を求めて、売主を訴える状況になりますと、買主訴権の方式書のモデルは、以下のようになっています。

（a）「ティティウスは審判人であれ。」（審判人の指名）

（b）「アウルス・アグリウス（原告）がヌメリウス・ネギディウス（被告）から当該目的物を購入したので」（請求原因の表示＝要件事実の記述）

（c）「そのために、ヌメリウス（被告）が、アウルス（原告）に、信義誠実に基づいて与えなすことを要するものは何であれ」（請求の表示＝請求の内容）

（d）「審判人よ、それについてヌメリウス（被告）がアグリウス（原告）に責あるものと判決せよ。もし明らかでないならば、免訴せよ。」（判決権限の付与）

（８）「明らかでないならば」と反対の場合は、先のモデル文型では隠れている部分の「明らかならば」の場合ですが、ここの「信義誠実に基づいて与えなすことを要する」ことが明らかになれば、審判人は、自身の裁量で、売買目的物自体の価格分（ローマでは、金銭判決が原則になっています）に関してだけでなく、それ以外のことにしても、救済の枠を広げることができます。この「柔軟な構造」こそが、ローマ法発展のキーワードなのでした。

< 16 > 「加害責任は頭格に随伴する。」

（１）< Noxa caput sequitur . >が、対応するラテン語命題です。ローマ法には、現代人の眼からすれば、かなりユニークな制度があちこちに点在していますが、この「加害者委付の形態で家長が責任を取る制度」が、その一つです。

（２）ごく身近な例を、仮想的に想定して、考えてみましょう。ある人の愛犬が他家の愛犬を噛み殺したとします。その人は、それなりの賠償額を提示して（その人が保険マニアなら、お犬様の「非行」も損害保険の対象になる「個人賠償保険」を掛けて、いざというときに備えていることでしょう）、お許しを、他家の方にお願ひします。しかし、どうしてもお許し頂けない事態に立ちいたったときには、その人は、「犯犬」である自身の愛犬を、泣く泣くその方にお渡しして、「こ

れで勘弁して頂けないでしょうか」とお願いする光景（筆者は、愛犬家ではないので、このような能天気なことを、頭の中で勝手に想像しているだけですが）を思い描いて頂ければ、と思います。そうすれば、きっと、これから後の話の筋が判りやすくなることでしょう。

（３）ローマ最古の「一二表法」には、ある人が保有している四足獣（家畜など）が、その本来の穏やかな性質に反して、他人の身体や財物などに損害を加えたとき（その損害が四足獣の所有権者の過失のせいで発生してしまった場合は、除きます）、その所有権者に、次の二つの方法の内のどれかによりトラブルを解決することができます。普通のやり方では、損害をそのまま賠償することになるでしょう。しかし、トラブルを引きおこした、問題の加害動物を被害者側にさっさと「委付」してしまうことによって、決着を付ける、という独特の方法が、考案されているのです。その背景には、「元々温和な性質を持っている家畜にデーモン（悪魔）が取りついたために、よくないことが生じたので、その家畜を相手方に引きわたしてしまい、そこでそれを処分して貰うのが、何かと無難である」という計算が働いているのかもしれませんが。「家畜それ自体への復讐・報復がどうしても必要である」という、原始的で即物的な想念も、そこに纏わりついている可能性も、ありますね。因みに、この辺りの事情を現代的に解説してみますと、これは、損害の賠償の際に、いわば無限定の状態で責任を追及される、通常の場合とは違って、「限定責任」のレベルで、追及が留められる例となります（家畜の値段など、しれているからです）。これは、生活の知恵の表われでもあります。

（４）先の、家畜によって引き起こされるような損害は、日常的でもあり、被害額もそれほどものではないでしょうが、しかし、人間の行為＝所業についても、動物が絡む場合における取扱いとパラレルなものが、ローマ法でルール化されているところが、注目点です。家長の家長権に服属する者が不法行為を行なったとき、家長が、その者になり代って（というより、自身が不法行為を行なったかのようにして）、損害額を中核とする金銭を被害者側に支払うことで、いわば「和解」が成立することもあるでしょうが、そこに到るまでには、責任の所在やその額の多寡についてもめ事がなかなか解決されないのでは、と思われます。

（５）それよりも、非行の主である問題の家子を、さっさと被害者側に引渡して、「煮て食うなり、焼いて食うなり、ご自由に」といった雰囲気を作りあげるのが、ストレートで、しかも簡明で、後腐れもない、などと、ローマ人は考えたのかもしれませんが。極く古い時代には、被害者側が、加害者に復讐をするチャンスを与えることで、不幸な出来事になんとか幕引きがなされる、というやり方が、原始的ではあっても、ある意味では合理的なトラブル解消策と、見られていたのでしょう。比較的后になって、この制度は、次のように整理されました。まず、非行を咎められた人が家子なら、その家子に対する権力（家長の家子支配権）は、被害者側の家長の手に譲りわたされます。彼の身分は依然として市民なのですが、奴隷に準じた不自由な地位に、置かれます。もし罰金債務の額が確定していれば、加害者である子が、その家長の下で働いて、債務を返済して、元のステイタスに戻ることができます。ここには、一般の債務（たとえば、単なる借金債務）を遂に履行できなかった人が、自身の命を差しだしてまでも、責任を取らされる、というような残酷な事態が克服され、後代になって、債権者の許で働いて借金を返済すれば、元の「人間」に戻れる、というシステムが確立されるようになったのと、同じようなプロセスが、見てとれますね。次に、奴隷の非行の場合には、その所有権が被害者側に譲渡されることになるでしょう。これは簡明な措置です。ローマも後期になりますと、加害者委付の制度は、家子には適用されなくなりました。ヒューマンな人の処遇がなされることになったわけです。

(6) ようやく、表題の格言の意味するところまで、辿りつきました。つまり、加害責任は、加害者本人の人格（頭格）に付着する、粘性の強いタイプのものです。(a) 問題の奴隷が第三者に売却されたときには、加害責任は、その取得者（家長）へと、自動的に移転します。(b) 加害者である奴隷が解放されて、半自由人市民となったときは、今度は、彼自身が責任を負うことになります。(c) もちろん、彼が死亡すれば、加害責任も、消滅します。

現代人の眼には、父（家長）が、その子が刑事的な色あいも持つ不法な行為をしでかしたときに、被害者側に、子の身柄をさっさと引渡してしまい、それで幕引きをするというのは、あまりにも冷酷な仕打ちであるように映るでしょう。それでも、家長が、自らの権力下にあるすべての家構成員（家子および奴隷）に対して、「生殺与奪の権（*j u s v i t a e n e c i s q u e*）」を法制上（タテマエ上）保有していることに思いおよんで頂ければ、不法行為をやらかした家子などを外へ放りだして、それで家の不祥事に幕引きをするぐらいのことが、それほど目だつ行ないにはならないことが、お分かりになるでしょう。ここで、いわば「公的な資料」を引用しておきます。一家の主（家長＝自権者）が、ステイタスを落とすかたちで、他家の「他権者（家子）」の養子になるためには、事の重大さから、市民の集会である「民会」における承認が必要になるのですが、そこでの手続で用いられる文言には、「特に、実の家長が実の息子に対して保有しているような『生死の権限（*p o t e s t a s v i t a e n e c i s q u e*）』があるよう」と、いう表現が見えています。一人前の、他家の家長でも、時と場合によっては、新しい家長の下で厳しい仕打ちを受ける可能性があることを、クールに示しているところが、いかにもローマ的ですね。

< 17 > 「養子縁組は自然を模倣する。」

(1) < *A d o p t i o i m i t a t u r n a t u r a m* . > が、表題の命題の元となったラテン語法文です。これは、「ローマ法大全」の一部を構成する「法学提要」の一規定です。

(2) 「他家から養子を貰う」という法的行為は、他の国々の場合と同じように、ローマでも、古い時代から存在している、人の大切な営みです。とりわけ、男子が、家の名（端的には、その社会的ステイタス）と家神崇拝を受け継ぐ者として、重要な役割を果たすよう、常に大きな期待を掛けられていますので、実子、養子を問わず、次代を担う男子が真剣に求められるのです。現代の日本のことを考えて見ますと、昔ほどではないのですが、それでも、一家の名を継ぐ男子が、「墓を守る存在」として、今でも、私たちに意識されるところがありますね。家の跡継ぎとして、男の実子がいれば、申し分ないのですが、さまざまな事情から、そのような経過にならないことも、しばしばあるのです。このとき、古いタイプの考え方を持ちつつけている人の中には、男子の養子縁組に真剣に取り組む人も、確かに出てきます。筆者のような「昭和世代」では、このような養子縁組の事例が身の回りによく見られたものです。将来、「夫婦別姓」が、法的にも、社会的にも承認されるようになれば、先祖から受けついでいる女子の「名前（苗字）」はちゃんと残りますし、また、「先祖の墓」を守る意識も薄れていけば、養子制の重要性は、今後低下していくことでしょう。もっとも、ビジネス絡みの世界の話になりますと、少し事情が違ってきます。長い歴史を誇る老舗では、歴代の当主の名前を絶やさないことに懸命の努力が代々積みあげられてきておりまして、養子の登場す

る局面も、しばしばあります。それに、相続税逃れの目的で、相続人の数を増やすために、わざわざ養子を仕立てる、といった、ずるがしこい手口も、昨今では、密かに開発されているようです。

(3) それでは、ローマの養子制度を概観してみましょう。

(a) 一家を構えている人(家長)を養子にする「自権者養子縁組」は、一つの家が消えさせる出来事でもありますので、共同体にとって重大な関心事です。そのため、その手続は厳格になっています。一方、他権者(家子)である人を、いわば横滑りさせて、養家の家長の家長権の許へと受けいれていく仕組みである「他権者養子縁組」は、比較的簡単にとり行なうことができます。

(b) 表題の命題が示しているように、養子縁組は、「自然の状態」に倣うものでなければなりません。その視点からしますと、養父が、自身よりも年長の者を養子に取るなど、論外でしょうし、また、実の子の誕生がまだ期待できるような年齢の人とか、すでに実子もしくは養子を保有している人とかが、養子縁組を押しすすめることには、何かと抵抗があったはずです。

(4) ここで、この問題に関係する、いかにもローマ人好みの、形式行為・要式行為を駆使した「他権者養子縁組」のスタイルを、ご紹介しておきましょう。現代人にはとても耐えられないような煩雑さに満ちあふれた手続が、展開されますが、「人の所属」に激変を生じさせる養子縁組には、それほどの大げさな形が必要だった、という説明を付ければ、一応ご納得頂けると思います。少なくとも、何人かの人が手続に関与する、という要素と、手続過程に公的な組織が絡む要素とは、養子を取る人の覚悟をしっかりと確認し、世間に養子縁組を公知させるのに、役だったことでしょう。余談ですが、養子縁組と同じように、新しいファミリー・メンバーを創りだす、日本の伝統的な神前結婚の、細々した儀式にも、何やらそれと似たところも、あるようですね。

家子を養子に出そうとする家長は、養父となる人に、儀式ばった、古式ゆかしい「握取行為」を通じて、養子となる自身の家子を譲渡します。これにより、いわば「売られた」その家子は、買主のものになります。その劣悪な地位から、買主は、儀式的な手続を用いて、その家子を解放してやり、彼は元の家長の許へと自動的に戻っていきます。この過程をもう一度繰り返します。そして、三回目の「売却」のせいで、実家の家長は、その家子に対する家長権を喪失します。これは、古法である「一二表法」の規定による効果で、これが、第一段の「家子自由化措置」です。自立を果たしたある人を自身の家長権の下へと取りこむには、第二段の手続が必要です。彼を収養しようとするその家長は、法務官の面前で、訴訟を行なうようにして、彼が自身のものであることを主張します。これに対して、彼の元の家長はそれにクレームを付けることはありませんので、そのまま、原告勝訴の形ができあがり、法務官の「帰属確定」の措置によって、彼は堂々と新しい家長のものとなるわけです。

(5) 法の世界から、政治の世界に眼を移しますと、世にも名高い「養子皇帝時代」のことが、見えてきます。これは、後九六年から始まる「五賢帝時代」と重なりあう、ローマ史上、特別の時代なのです。それより一五〇年ほど前に暗殺された「独裁者」カエサル(シーザー)は、遺言で、姪の子であるオクターウィアヌスを養子としていました。この人物は、カエサルの政治的地盤(とりわけ、軍隊)を引きついで、内乱の勝者となり、後に「元首政(初期帝政に相当する政体)」を創立します。彼には、息子はおらず、男の孫は死亡してしまっていたので、

再婚した妻の連れ子で、彼の娘の夫であるティベリウスを、養子として、元首の後継者とします。それから六〇年後に、国内の大混乱や、その後の政治的安定期を経て、元老院によって元首に任命されたネルワを筆頭とする五名の元首が、計一八六年にわたって順次治めた帝国は、ローマの最盛期として、後代にもてはやされています。ネルワに続く、トラヤヌス、ハドリアヌス、アントーニヌス・ピウス、マルクス・アウレーリウスは、王朝的な血筋によって元首のポストに登ったのではなくて、優れて政治的な意味における養子として、養父皇帝の生存中に、後継者候補の地位に押しあげられた人物なのです。不幸にも（？）、マルクス・アウレーリウスには、コンモドゥスという実子がいたために、この、あまり立派でない実子に元首の位が譲られました。その後、五賢帝時代は、コンモドゥスの暗殺によって終わり、ローマは、再び大混乱の時代へと、突入していくのです。

< 18 > 「自由は、実力もしくは法によって阻止されているのでない限り、人がなすことを好むことの、自然の権能である。」

(1) < Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur. > が、ラテン語の原語です。フローレンティヌスのこの学説法文は、もっと簡明に書き換えられて、「自由は、法上なされることを許されていることを行なう権能である。(Libertas est potestas faciendi id, quod jure fieri licet .)」というような、すっきりとした言い回しになっています。

(2) 日本の現行法制の下では、私たち国民には、さまざまな「自由」が認められ、これが法律によって保障されているのですが、その「タテマエ」の立派さの影・裏に、「ホンネ」としての厳しい現実が、各方面で、控えています。一例を挙げますと、「契約自由の原則」は、社会的・経済的な強者の許に存在しているだけで、実際には、弱者の許には、それほどはありません。また、国家も、国民の「自由」に対して、各種の規制を掛けてきますので、結局のところ、私たちは、「自由な世界」と「不自由な世界」との交錯の中で、必死に生きていくしかないのです。それでも、世界的な水準で考えると、「日本流の」自由は、それなりの高ランクに位置付けられるのではないのでしょうか。この点につきましては、御異論が十分にあるうか、思います。

(3) それでは、歴史上、有数の「法治国家」であった古代ローマでは、「自由なるもの」の姿はどのようなものであったのでしょうか。いかにも古代風のものから、意外にもモダンなものまで、多彩です。以下に、アット・ランダム（に）、そのありようを覗いてみましょう。

①まず、話の前提として、紀元前に発展してきた、個性的な「共和政」と、紀元後に、大きな浮き沈みはあるものの、発展を遂げた、まずは標準型の「帝政」とで、「自由」の意味が大きく変容したことを、指摘しておかなければなりません。「自由」から「不自由」への流れが、見てとれるのです。私たち現代人にとって参考になるのは、古代ギリシアの場合とほぼ同じように、「市民の自由＝市民的自

由」を制度化した古代ローマ共和政の諸々の事蹟です。

②「自由」を謳歌できるのは、自由人市民だけです。同じ人間でありながら、奴隷は、ほんのささやかな、事実上の自由に少し与えられるだけです。それから、被解放奴隷は、半自由人といった位置付けに、なってくるでしょう。

③「ローマ的自由」は、当然のことながら、ローマ市民権を保有する者だけが享受できるものです。属人主義を採るローマでは、ローマ領内にいる外人（他共同体の自由人市民）には、ローマ法は無縁ののですが、それでも、一種の恩恵として、事実上、それなりの自由が彼らに与えられる場合も、あります。

④「政治上の自由」というポイントから見てみますと、市民の全体集会である各種の民会において毎年実施される政務官（政治家的な公職者）選挙や、立法などの際、投票のかたちで自由な判断を下す地位を保障されているところが、注目点です。それから、査問所という刑事法廷の審判人となった人（上流階層に属する人にしか、その資格は与えられません）は、後代になると、有罪か無罪かをめぐる評決に当たって、秘密投票を保障されるように、なりました。「票決の自由」が、これにより、実現したのです。

⑤ところで、「人が、自主的判断に基づいて、いわゆる『権威者』（たとえば、高い学識を持つ法学者）の『権威』に抵抗なく従う」という行動様式は、私たち日本人にも何となく判るスタイルですが、ローマ人には、これも「自由な行動の一類型」というように受けとめられているようです。「権力行使」にはそれなりに抵抗するのに、上位者の「権威」には従順である、という行動パターンにつきましては、「タテマエ」には強いが、「ホンネ」には弱い、という説明もできるのではないのでしょうか。

⑥「自由な発言」が展開される場は、社会生活上、無数にありますが、その中でも、「政治的発言」や「政治がらみの発言」が、實際上、どこまで自由にできるか、という問題は、語る人にとって、とても重いものです。少なくとも、共和政末期までは、誰でも、かなり自由奔放に、政治全般や政治家個人について、思ったこと（とりわけ、お上への批判）を公に語ることが可能でした。

（４）ところで、「自由は金銭に評価できない事柄である。」（パウルス）という命題があります。＜i>inaestimabilis

（５）イギリスの法格言に、「イギリスの法は、あらゆる場合に、自由に優遇を与える。」というのがありますが、元祖のローマには、「自由はすべてのこと以上に優遇されるものである。」（*Libertas omnibus rebus favorabilior* . . . ）（ガーイウス）という、しっかりとした分析があります。このような一般的命題の適用例の一つとして、「奴隷を解放する人の意

思が不明瞭な場合には、自由身分に有利に取扱うべきである。」(In obscura voluntate manumittentis favendum est libertati.)(パウルス)という、ヒューマニズムに合った、奴隷の処遇を示す命題が、あります。結局のところ、「人間の自由とは何か」・「自由はどこまで尊重されるべきなのか」というのは、「永遠に解かれることのない難問」の一つなのでしょう。

(6) 最後に、いかにも、弁論家・キケローのものらしい、大げさな「自由観」をご紹介しますおきましょう。「私たちは、すべて、自身が自由であることができるように、法律の奴隷(servus)となっているのである。」

<19> 「占有は、法上のものではなくて、事実上のものである。」

(1) この命題に対応するラテン語は、<Possessio non iuris est, sed facti.>(パピニアヌス)なのですが、この命題は、具体的な事案に即して立てられている表現に由来するだけで、このようにすっきりとした言い回しが、学説法文として収録されているわけではありません。

(2) ところで、ローマ法上、特別に重要な制度である「占有」について系統だった説明をしていくには、本編のスペースはあまりにも小さすぎますので、今回は、趣向を変えて、格言的な命題を羅列するだけにし、それから、最小限のコメントをそれについて試みるだけの、超簡易スタイルを採ることにさせていただきます。

(3) 表題の格言は、「占有」が、「物に対する事実的支配」(つまり、「ホンネ」)であって、「物に対する包括的な支配権」である「所有権」(つまり、「タテマエ」)と対比される位置関係にある、ということの意味しています。日本の世間の慣用では、「所有」も「占有」も、ほとんど同じニュアンスの言葉として、日常的に用いられているようですが、法の世界の話になると、そうもいかないのです。普通、物の所有権者は、それを自身の事実支配(占有)の下に置いていますので、両概念を区別する実益など、ないのですが、「所有」と「占有」が別の人格によって保持されている、というときに、それらに対して、法がどのようなスタンスを採ることにするのかが、制度上重要な問題になってくるのです。判りやすい例を用いて、説明してみます。ローマ法においては、財物の盗人は、所有権者がちゃんといる物の、不当な「占有者」という扱いになっています。私たちは、実体法的に、「あいつは盗人だ!」と簡単に決めつけますが、本人がそれであることを否認したりしますと、手続法的に、「彼は盗人である」というように、確定的に認定されるまでには、時間も手間も、掛かります。盗品が盗人の手許に、平和的に(?!)保有されているのなら、その事実状態をひとまず尊重して、彼が「占有者」の資格を持つ、と扱っておく方が、社会に波風が立ちませんね。問題の盗人がれっきとした所有権者であると思いこんで、訳ありの物を買った人がいるような場合は、商取引の現場での話なら、何の責任もないその人のことを配慮していく必要も、あります。いずれにしましても、「盗人にも占有を与える」という構えは、次善の策なのです。正しい決着は後になって付けばよい、とされているのでしょう。

(4)「所有権は、占有と共通するものを何ら持たない。」(<Nihil commune habet proprietas cum possessione . . . >) (ウルピアーヌス)「タテマエ論」としては、そのよう言い切るのは、間違っていないかもしれませんが、しかし、「ホンネ論」からすると、両者が交錯する局面も、それなりにあるのではないのでしょうか。

(5)「占有は、権利のようにして、防衛される。」(<Possessio defenditur ad instar juris . . . > . . . 現代法では、「占有権」という捉えかたが、普通ですが、ローマでも、実質的にはそのような扱いになっていたとも、言えますね。

(6)「占有者、従って所有権者」(<Possessor ergo dominus . . . >これについては、「占有している者は、所有権者でもあるものと、一応のところ推定される。」という読みかたが、あります。

(7)「占有者は、何らの権利も持たないとしても、いっそう強力である。」(<Possessores sunt potiores, licet nullum jus habeant . . . >) (ウルピアーヌス)

(8)「多年にわたる平和的な占有は、権利を作りだす。」(<Possessio pacifica per multos annos facit jus . . . >「使用取得」(現代の「取得時効」に近い位置にある制度です)は、人が、単なるホンネとしての「占有」の保有状態から、立派なタテマエとしての「所有権」取得に到る際の道筋を付けてくれる有用な制度です。なお、「所有権は占有から始まると、言われる。」という言い回しも、あります。

(9)「占有者は幸いである。」<Beati possidentes . . . > (ホラーティウス)この命題には、ひょっとすると、法的なニュアンスなど、纏わりついていないのかもしれませんが、ご参考までに、ここに掲げました。「持てる者は幸いである。」というように、軽く読んでおくのが正解かもしれませんね。

(10)「私たちは、占有を、心素と体素によって取得する。」(<Possessionem adquiremus et animo et corpore . . . > (パウルス)「心素」というのは、「物を自身のものとして保有する意思」のことです。盗人は、盗品が他人の所有権に属することを百も承知しながら、それを自身のものとして、堂々と保有している輩です。一方、「体素」は、物と接触的な関係を持っていたり、物を制御できる地位にあったりする状況のことです。「体素」の要件を満たしていますが(物を自身の支配下に置いていますが)、「心素」の要件に欠ける人(自主占有意思は持っていない人)は、専門用語で「所持者」と呼ばれます。例えば、家の賃借人がそうです。

(11)「特示命令には三つの種類がある。提示的なものと、禁止的なものと、返還的なものが、それらである。」(<Interdictorum tres species sunt: exhibitoria, prohibitoria, restitutoria . . . > (ウルピアーヌス)「特示命令 (interdictum)」は、命令・禁止のかたちを取る、法務官の指

令です。法務官は、正規の民事訴訟の掌理者としての、「司法官僚」的な顔を持っていますが、その他に、社会の平和・治安を維持する「警察長官」的な顔も、併せ持ちあわせています。彼は、裁判手続では、判決を下す任務を与えられた私人審判人との協働の下に動きますが、一方、特示命令手続にあっては、単独で、かなりスピーディーに、現場に密着して、自由裁量に基づく専決方式により、まったくフリーに（上級政務官や同僚政務官から「差止め権」が行使されることも、理論的にはありますが）、措置を取ることができます。特示命令の文言は、「君は提示せよ。」、「私は、暴力が行使されることを、禁止する。」、「君は返還せよ。」の三タイプです。この特示命令手続では、法務官が、占有者を、第三者の側からの妨害や侵奪からとりあえず守ってやる際の武器となる「占有訴権」（いわば「ホンネ」）の付与を通して、救済を求める人を事実上保護してやることになります。法務官のこの対応の仕方を、強力な所有権などをベースにして実行される「本権の訴え」（いわば「タテマエ」）の場合と比較してみますと、物事の「格」（タテマエ）の視点から見れば、後者は圧倒的に優位に立っていますが、しかし、「実行力・使い勝手」（ホンネ）の視点から見れば、むしろ前者に軍配が上がりますね。そもそも、人が所有権を保有していることを、外に向かって証明していくのは、それほどたやすいことではありません。現代では、登記制度が完備していますので、土地などについては、権利関係が明確になっていますが、ローマには、そういったものはないので、そう言えるのです。これに反して、「占有」は、普通は、目に見える状態なので、これを旗印にして、相手方に迫ることは、容易にできるはずです。

（１２）ローマ社会において占有が問題にされるケースは、無数にあると言ってもよいのですが、その中でも、正規の「相続」に対して堂々と対抗できる「遺産占有」という制度が、名誉法（法務官法）上開発されています。これは、「ローマ名物」の一つですね。

< 20 > 「権威は重みの中にある。」

（１）< A u c t o r i t a s i n p o n d e r e e s t . >（プリーニウス）が、この日本語に対応するラテン語です。

（２）一般に、現代の私たちの「法社会」を取りまいている世界は、基本的には、「権力」や「権利」を基準としてなりたち、それを主軸として動いている、と見ることができるように思われます。その「権力・権利・権能」につきましては、「強い」とか「弱い」とかの受けとめ方がなされて、それぞれにランク付けがなされますが、一方で、ここに見える「権威（a u c t o r i t a s = オーソリティー）」というものにつきましては、どちらかと言えば、即物的な、「重い」とか「軽い」とかの感覚によって、その価値が、自然に、決まっていくのでしょうか。表題の格言は、私たちが「権威のある人や物」に接したときの対応の仕方に関係して立てられたものとして、読むことにいたしましょう。

（３）「彼は民法学の権威だ」というように法学者仲間の間やマスコミ界で囁かれているときには、その人物の「学説・見解・発想」や、更には「立居振舞」に、「重み」があるものとして、その人の説くところが、他の人に、真剣に、しかも大切に受けとめられたり、人の行動の指針とされたりすることが、しばしばあるの

です。ところで、学問には、「自然」というものに対峙することを中核とする「自然科学」と、「人間」の行動そのものを分析＝解析の対象とする「社会科学および人文科学」という区分がなりたつのですが、筆者の至って個人的な感覚からすれば、「権威」という、柔らかくて、何やらファジーな概念が意味・意義を持つことができる点に関してましては、社会科学に属する「法学（法律学）」の姿が最も近い位置にあります。同じ社会科学の一翼を形成する「経済学」の場合とは、微妙な違いがあるのです。つまり、「優秀な経済学者」はいても、「権威のある経済学者」にまで昇格する人は、あまりいないからです。このことは、理論に重きを置く経済学の性質上、「優秀な人」が別の派（学派）の「優秀な人」から、徹底的に批判されることも、少なくないことから、ひとまず説明が付くでしょう。これに対して、法学者は、一般に、常に反対意見にも耳を傾けながら（端的に言えば、その見解を批判しながら）、自身の理解の仕方が相対的な価値しか持てないことを認識して、自身の見解（自説）の公表に臨むのです（このような筆者の見方は、あるいは、甘すぎるかもしれません）。そこでは、「権威者」が生まれる雰囲気があるのですが、その人物は、「法学の王者」とかいった、権力的で、硬い「顔」はせずに、やさしく、穏やかな「顔つき」をしているのではないのでしょうか。

（４）ところで、「法学（法律学）」が取りくんでいるテーマ（課題）につきましては、「絶対的に正しい答え」などというものは、ほとんど得ることができない、と言っても、言いすぎではないように、筆者個人には思われます。具体的な時代、具体的な環境下で、「相対的に」正しいものが、何とか見いだせるのが、精々のところでしょう。その辺りの事情は、以下のようなテーマを想定して考えをめぐらせてみれば、ご理解頂けるはずです。「力は正義であるか」、「解釈改憲などということが許されるか」、「法律上の親子と血縁上の親子のどちらが優先するか」、「国民の自由への制限が国家によってどこまで許されるか」、「死刑制度は廃止すべきであるか」、「犯罪を行なう際の責任能力はどこで線引きするか」などが、それです。これらの設問に対する「正しそうな」答えは、いくつでも存在するのではないのでしょうか。

（５）こういった状況の下では、私たち市民は、法的に物事を考えたり、法的行動に出るさい、目前に、対立する発想がしっかりと立ちはだかっていることを知るのが、そういったとき、どちらを採るのかを決めるには、ひとまず、「権威のある人・組織」の示すところに従うしか、よい方法ありません。もちろん、御自身の正義感、道徳観、倫理観、価値観、人生観、ソロバン勘定などと、照らしあわせてです。

（６）それでは、ローマの話題に移りましょう。結論的に言えば、ローマは、紀元前の共和政時代のことに限る限り、「権威の国」です。これに対して、紀元後の帝政時代には、「権威」のような「生ぬるい」社会装置は、ゴリゴリの「権力」によって、背景へと押しやられてしまいます。

（a）一家の「家長」は、強大な家長権をひけらかすよりも、権威によって君臨するのを、理想像としていました。

（b）古来の身分を誇りにしている上層の者として、政務官（公職者）ポストを経験した者たちや、また、低い身分から、個人的な実力を世間に示して上昇を果たし、政務官職に到達することに成功した者たちから構成される共和政下の「元

老院」は、国制上は、明確な権限を保有しているわけではありませんが、全体として、その絶大な権威によって、国を動かし、国政をリードする実績を世間に示してきました。また、この組織内部での意思決定にも、権威主義的な方式が採用されています。つまり、元老院議員の中の「元老たち（第一人者たち）」が、まず、席次順に意見を表明しますと、それに強く影響され、有力な元老の「権威＝見識」に倣って、全体が動きがちな傾向が、しばしば認められるのです。

（c）法学者は、私人でありながら、学識を積んで、私人からの、日常の法律相談に無償で応ずるとともに、司法担当官である法務官の活動を、裏から支えます。「法学者の権威」は、法学の、現代に到るまでの歴史において、最高レベルの存在の一つでした。現代日本について言えば、法学者の「権威」は、実務家の「実力」を前にして、かなり影が薄くなっているのでは、ないでしょうか。

（7）「法治国家」の顔をそれなりに具えていたローマにおいては、政治というものも、法と連動するところがありました。前二七年に「元首政」を創立したアウグストゥス（カエサル＝シーザーの後継者）は、死ぬ一年前の後一三年に、「政治的遺言」の一種とも呼べる「業績録」を碑文の形式で公開していますが、そこには、とても興味深い表現が見られます。「私が国家を指導するポストについた前二七年以後、私は、権威においてすべての人に優越したが、しかし、政務官職において私の同僚であった他の人以上の職権を掌握したことは、まったくない。」が、これです。ここには、彼が高級政務官として保有していた命令権や職権を手前勝手に振りまわして、市民を「上から目線」で支配したのではなくて、市民全体が、彼を尊敬して、自発的に彼に服従する姿勢を示したことが、誇らしげに記されています。もっとも、「権威による、実質的な支配」（タテマエにはよらない、ホンネによる支配）という現象は、アウグストゥスの専売特許ではなくて、古くは共和政の頃から、似たような構造が存在していたのですが、ただ、彼の実力（軍事力・経済力など）があまりにもスケールの大きなものであっただけに、タテマエとしての「権威」を、ホンネとしての「権勢」に、しっかりと読み替えて、歴史を観察していかなければ、事の真実にはとても迫れないでしょう。

（8）後二八四年には、巨大な軍団を率いる軍人同士による権力争奪戦を制したディオクレティアヌスが、実力で帝位を手に入れて、国土と国民を、あたかも「所有者」のようにして、支配する政体である「専主政（ドミナートゥス）」を創始しますが、これは、後代になって「帝政ローマ」と称される政治スタイルの、本当の始まりです。「タテマエ上は共和政で、ホンネ上は帝政」といった「ヌエ（鵠）」的な性格の元首政（プリーンキパートゥス）は、そこに到る過渡期の産物なのでした。専主政の下では、「権威」などという不定型で曖昧な発想は、きっぱりと捨てられ、「権力」が、冷酷で明確なシステムとして、前面に出てきます。

< 2 1 > 「遺言は、ある人がその死後になされることを望むことに関する、私たちの意思の、正しい判断である。」

（1）このすっきりとした定義的規定の原文は、< T e s t a m e n t u m e s t v o l u n t a t i s n o s t r a e j u s t a s e n t e n t i a d e e o , q u o d q u i s p o s t m o r t e m s u a m f i e r i v e l i t . >（モデスティーヌス）です。珍しいことに、この

ままの姿で、「学説彙纂」に採録されています。

(2) ローマの「遺言」についてこのような小品のかたちで解説していくには、スペースが不足していますので、硬い表現の羅列になってしまいますが、遺言制度の一端を略記してみましょう。

(3) 現代の日本人にとって、「遺言」は、まだまだ、一般の人々に親しみやすいシステムとはなっていませんが（もっとも、日本の歴史の中には、意外にも、遺言が活用された時代が、ちゃんとあります）、古代ローマは、「遺言の国」と言って差しつかえないでしょう。その意味で、私たちがローマの遺言の歴史的な姿を知っておくことには、現代的な意義も、まだ、あるのではないのでしょうか。

(4) (a) まず、法定相続（無遺言相続）があり、その後、比較的早い時代に、遺言相続へと移行しています。その流れは、後代のヨーロッパに受けつがれました。

(b) 法定相続と遺言相続は、両立しません。後者が前者を押しよけるかたちで、登場してきたのです。

(c) 例外的なものとして発生してきた関係で、遺言が、成立して、相続を法的に規制するほどのものとして公認されるには、それが、厳格な形式が踏まれた、しっかりとしたものとなっていなければなりません。それに加えて、遺言というのは、遺言者（被相続人）が、利害関係者である相続人に、一方的に自身の意思を伝えるものであり、また、その意思が判明するのが前者の死亡の後であることから、遺言者の真意が明確なものであることが、事の性質上、要請されますので、「形式重視」の発想が前面に出てきます。それでも、色々な制度の変遷を経た上で、ローマ末期には、七名の証人の立会の下における遺言が、正式のスタイルとして、ようやく確立されました。これは、後四二九年の法律制定によるものです。

(d) その法律の規定によれば、以下のようなルールが定められています。遺言をしようとする人は、自身で書いたか、あるいは口述したかした遺言を、在席している七名の証人たちに示して、彼らとともに、それに署名して、封印します。これがいわば遺言の原点なのですが、後代になると、証人の立会い抜き、自筆署名遺言も、登場してきます。

(e) 元首政(初期帝政)の創始者であったアウグストゥスは、遺言の開封を行なう公的手続を導入するとともに、五パーセントの相続税を新たに課す措置を取りました。この税と奴隷解放税とは、間接税の部類の中で、重要な位置を占めています。財源としては、安定しているからです。

(f) 遺言の内容については、形式規制が強く掛かっています。まず、遺言の中核として必ず存在することを求められている「相続人の指定」の部分は、遺言の冒頭に置かれていなければなりません。それ以外の指示が前にあったりしますと、遺言それ自体の無効が引きだされます。その指定の文言は、「ティティウスは(よ)、相続人であれ。」とか、「私は、ティティウスが相続人であることを、命ずる。」と

かです。

(g) 相続人の指定の際には、「相続財産の二分の一(ウンキア)」が基準となります。たとえば、現在でなら「三分の一」とするところを、「二分の四」とするのです。相続人の数が多かったのも、そのような計算法になっているのかもしれませんが。

(h) 被相続人(遺言者)は、その家長権の傘下に持っていた複数の相続人候補者の中から、ただ一人の人を相続人として指名しようとする際には、その相続から自身が廃除しようとする者を、明白に廃除しておかなければなりません。その作業を怠ると、遺言は無効になってしまいます。相続廃除の制度が生まれてきた要因の一つは、僅かしかない農地を多数の相続人が共有したりしますと、不都合なことが生ずるので、それを回避したい、という要請があることです。共有状態は、常に、共有物分割の要求に晒されていて、分割には揉めごとが付きものである上に、細分化された農地は経済的に得策ではないからです(古い時代のドイツには、「農夫はただ一人の子を持つ。」という、明快な言い回しがありました)。もちろん、気の利いた家長なら、相続予定分を貰えなかった人には、それなりに経済的な配慮を別途していたことでしょう。

(i) しかし、ときには、最近親者を何らの理由もなく廃除する非道な被相続人(遺言者)も、現われてきます。紀元前の共和政末期のころから、「敬虔の義務に反して(*contra officium pietatis*)」、身内の者を配慮しないような遺言を取消するための訴訟上の手段が、次第に開発されてきました。その到達点は、あの「市民法大全」を編纂させたユースティニアヌス帝が、その法典の制定後に、「新勅法」第一一五号(五四二年)において規制を掛けた新ルールの誕生です。これによりますと、仮に法定相続が開始した場合において、相続権を保有することになる各人が得ていたはずの相続分の「四分の一」を、遺言者が、「義務分」として、留保しておかなかったような遺言は、利害関係者の提訴によって、崩壊してしまうことになるのです。なお、現代の日本民法に明記されている「遺留分制度」の趣旨といくらか共通する点も、ここに見られますね。

(j) 相続人に指定される人には、家内相続人(家長である夫の手権に服していた妻、および、家子、つまり「自権相続人」と家外相続人との、二種類がありますが、その処遇には、法上、重大な差異が設けられています。つまり、前者は「必然的相続人」でして、たとえば、相続財産が相続債務の額より少ない場合、指定相続人の中には、相続を回避したい、と考える人が出てきても不思議ではありませんが、それはできない仕組みができあがっているのです。しかし、ここに法務官が割って入ってきまして、彼は、「相続拒絶の特典」を問題の人物に与えてやりましたので、その取り決めの厳しさは、実際上是正されました。一方で、後者の家外相続人の場合には、彼は、相続財産を、特別の「承認」という積極的な行為を自らすることによって、最終的に取得することになるのですが、その決断は、債務超過の有無に関する情報を既に織りこんでなされていることでしょう。

(k) 遺言の中には、相続人指定、相続廃除の他に、遺贈や奴隷解放などを含むことができます。

< 2 2 > 「君は私に事実を与えよ。私は君に法を与えるであろう。」

(1) < D a m i h i f a c t u m , d a b o t i b i j u s . > が、日本語訳のラテン語原文ですが、これは、ローマ時代よりも後の時代に作られたもののようです。ところで、この命題の趣旨と同じようなものを示す、よく知られた命題があります。< C u r i a n o v i t j u r a . > [法を知るのは法廷である。] が、これです。ある事実関係を法廷に持ちだして法的救済を受けようとする人には、法的な裏付けを自ら明示することまでは要求されない、といったような趣旨が、ここから読みとれます。

(2) 今回は、表題の格言の意味するところをローマ法的に受けとめながら、「事実」と「法」の関係を、「アクィーリウス法」の運用に即して、分析してみましょう。なお、< j u s > には、ここの「法」の他に、「権利」という重要な意味もありますが、まず、基礎に法（タテマエ）があつて、それにより、裁判で具体的に権利（ホンネ）が与えられる、という流れを想定することにして、それに「法」という訳語を付けることにしました。

(3) この法律は、前二八四年に制定されたもので、現存している法律資料としては、その重要性において、第一級のものです。これは、極く日常的な、民事上の不法行為の処理を規制する法として、かなりよく練りあげられた法作品と言ってよいでしょう。

(a) その第一章には、「ある人が、他人所有の男奴隷もしくは女奴隷、または、四足の家畜を、不法に殺害した場合には、その人は、その一年内にそのものが持っていた価値の最高額について、所有権者に、それに相当する金銭を与える責を負うものとする。」とあり、その第三章には、「殺害された奴隷および家畜を除くその他の物について、ある人が、不法にこれを焼き、砕き、壊して、他人に侵害を与えた場合には、その人は、最近の三〇日以内にその物が値するであろう（値した）額について、所有権者に、それに相当する金銭を与える責を負うものとする。」とあります。

(b) さて、被害を蒙った市民は、この法律を頼りにして、法務官の取りしきる民事法廷に救済を求めることになるのですが、現在その内容が知られている先の規定の構えにぴったりとはマッチしないような、さまざまな事実情況に起因するトラブルも、法務官の許へと、しばしば持ちこまれてきます。これは、現代日本の場合でも、ほとんど同じように起こる現象でしょう。そもそも、法の規定というのは、それがどれほど正確・綿密に編みあげられていても、すべての時代、すべての状況をカバーするだけの力量は、持ちあわせていないものなので、提訴の受け皿となる民事裁判官は、しばしば、解釈・運用をめぐる、新たな法律問題の処理に頭を悩ますことになるのです。もちろん、日本では、レベルの高い民法典が用意されており、また、判例も蓄積され、学説も微細なところまで突きつめて展開されていますから、裁判の現場の受入れ態勢は、相当精度の高いものとなっています。当然のことですが、古代国家であるローマには、論理的に構成された民法典などなく、また、民事裁判を担当する法務官も、私人審判人も、法の専門家ではないところに、大きな弱点を抱えているのですが、幸いなことに、各時代によって濃淡の差はありますが、在野の法学者が、社会の現場で法を取りあつかう仕事に広く取組んでいたところに、現代日本の法学者の場合とは桁違いの強みが、ありました。

(c) 毎年就任する法務官のすべてに当てはまることではないのですが、気の利いた、政治的野心を抱く（つまり、次の最高ポストである執政官を狙う）法務官が、運よく法に比較的明るい人物であったり（法学者がたまたまこのポストに就くこともあったでしょう）、有力な法学者とコネを持っていたりしますと、法的救済を求める市民（とりわけ有力な人物）の要求を前向きに受けとめて、一歩前へ踏み出すことも、あるでしょう。法規の構成要件の構えからは少し外れたケースや、法規のまったく予定していなかったようなケースや、救済の道を開くことが、「物事の条理」に照してリーズナブルと考えられるようになったとかの事情（つまり「事実」）に着目して、法務官が、「準訴権」や「事実訴権」というものを、請求者に特に認めてやり、それを根拠にして、彼らが訴訟の道に入れたことが、それです。筆者の分析では、前者は、タテマエ（正規の訴権の型）に寄りそった、「準用型」のタイプのものであり、そして、後者は、ホンネ（事実）そのものが堂々と前面に立ちあらわれてくる、「独立型」のタイプのものです。どちらの場合においても、法務官は、提示された事実関係に対して、丁寧に、法（タテマエ）の網を掛けてやるのです。ここでは、もちろん、的確な基準法は用意されていませんので、法規への事実の、きちんとした当てはめの作業などなくて、「事実そのもの（ホンネ）」の存否が、裁判の争点となります。事実問題を取扱うだけでよい審判人には、これは、比較的楽な仕事だったでしょう。

(d) 次に、寄託訴権についての、二種の方式書を、紹介してみます。「もし原告が、被告に、銀製のテーブルを寄託し、そして、それが、被告の悪意によって返還されていないことが明らかである場合には、その物があるであろうだけの額について、審判人よ、被告が原告に責あるものと判決せよ。」が、「事実に基礎を置く方式書」の文言でして、物が寄託されている状態にあること、および、受寄者の故意によって寄託物が返還されていないことが立証されさえすれば、原告勝訴の結末が導かれます。これに対して、「法律に基礎を置く方式書」は、「原告が、被告に、銀製のテーブルを寄託したので、そのことのために、被告が原告に、信義誠実に基づいて与えなすことを要するものは、すべて、審判人よ、被告が原告に責あるものと判決せよ。」という文言になっています。「与えなすことを要すること」という言葉は、市民法に則って、義務づけの原因や給付内容について厳密に判断なされることを、意味しています。後者の場合では、事実問題の他に、中核的な法律問題が審理されるわけです。これは、審判人にとって、手間の掛かる仕事ですね。

(e) それでは、法務官が、準訴権や事実訴権の承認に踏みきることを手だてとして、長い時間を掛けて、その時々 of 事情に応じて、事実に焦点を当てながら切りひらいてきた、新たな訴求の道について、具体的に見てみましょう。

①「奴隷、および、四足の家畜の殺害」について・・・「殺害する」というのは、元々、「暴力を行使して危害を加え、直接的に、また即時に死に到らせること」だったでしょうが、「死亡に直結するような原因を与えた」場合、および、「積極的な行為ではなくて、不作為によって、死に到らせた」場合にも、アクィーリウス訴権を援用することが、法務官の、「拡大型」の実務処理のおかげで、可能になりました。

②「殺害、および、その他の人的・物的損害」について・・・「身体により、身体（客体）に、与えた損害（damnum corpore corpori

d a t u m)」が事案の基本的な構造になるのですが、加害者が、その身体それ自体を用いて、直接的に損害を加えるのではなくて、間接的にだけ影響を与えた結果として、損害を発生させた場合も、その概念に包摂される行為類型とされるようになりました。

③「壊す」について・・・「焼く」についても、「砕く」についても同じようなことが当てはまるかもしれませんが、とりわけ、「壊す」には、完全に破壊してしまう場合から、損傷を加えるだけの、比較的軽度の場合まで、幅がありますので、立法趣旨を考えて、これらすべてを包摂する概念ということにして、救済の範囲が広げられることになりました。

④「奴隷や家畜・動物の殺害や、それらの各種の物に対する傷害行為」について・・・自由人市民の殺害や、それに対する傷害行為は、厳密に言えば、アクィーリウス法の射程には、入ってきません。被害者は、もちろん「物」ではないからです。それでも、「人」を故意または過失によって死なせた場合に、準訴権や事実訴権の活用により、民事責任を、この法律によって取らせることができるようになったと考えられているのですが、しかし、その際、責任の認定や賠償金の算定などを、どのような手順・基準で決定するのかについては、判らないままです。

⑤「原告となる人について」・・・所有権者が提訴者になるのが普通のケースでしょうが、その資格は、用益権者（多くの場合、一生の間、土地を使用し、そこから収益を得ることを認められている人）などにも、広げられました。彼は、確かに、所有権者クラスの権利を現実に保有しているからでしょう。

< 2 3 > 「私は、暴力が行使されることを禁止する。」

(1) < V i m f i e r i v e t o . > が、表題の日本語命題に対応するラテン語です。これは、法務官という高位の政務官（公職者）が發布する「行政命令（警察命令）」の一つのパターンとなっている文言に過ぎないので、「格言」とはとても言えないのですが、それでも、内容の点では、格言クラスの重要な意味を持っている言い回しなので、今回は、便宜上、本編に収録しました。キーワードは、< v e t o > [ウェトー]（私は禁止する）という動詞です。

(2) 以下に、現代の「拒否権」と、ローマの「護民官」の二ポイントについて、解説していきましょう。両者ともに、「ネガティブな（否定の側に作用する）」機能を備えたものとして、重要な制度となっています。

(3) 「拒否権」は、外来語系の日本語としての「ベトー」の呼称で、私たちに知られている制度です。国連総会と並ぶ、国連最高の意思決定機関として、「安全保障理事会」があります。一九六五年以来、一五カ国がそのメンバーとなっているのですが、その中に、アメリカ、イギリス、ロシア（旧・ソヴィエト連邦）、フランス、中華人民共和国（旧・中華民国）が、「常任理事国」として特別の地位を与えられています（これらは、第二次世界大戦の勝利国です）。「手続事項」に関する安全保障理事会の決定は、その内の九カ国の賛成投票によって成立しますが、「非手続事項」に関する決定は、五つの常任理事国がすべて賛成の側に回ったか

たちで、九カ国の賛成が得られなければ、成立には到りません。この非手続事項につきましては、「重要な事案に関しては、大国間で意見一致が得られない限り、賛成多数決になっても、決定が成立しないものとする」といった原則（いわゆる「ヤルタ方式」の示すもの）が、国連成立の当初から厳然と存在しているからです。このことから、五大国の各々が「拒否権」を保有している、と言われていきます。「数がすべてである」という論理に則った「多数決制」のマイナス面を、政治的現実を直視して、補正する、というこのシステムは、それなりに合理的な要素を具えていますので、現代においても、確固とした制度として、維持されています。最近においても、国際情勢の緊迫化に伴って、拒否権が行使されるケースが、しばしば発生していますね。因みに、日本は、他のいくつかの国々とともに、常任理事国への参加を、このところ、ずっと求めつづけています。しかし、「戦勝国が国連を仕切る」という既得権を彼らが手放すことは、当分の間、ないでしょう。

（４）実のところ、筆者は、民事領域のローマ法で、どちらかと言えば脇役としての意味しか与えられていない「ウェト」の発想と、現代の堂々たる、政治色の濃い「拒否権」制度との間に直接的な関連がある、と確信しているわけではありませんが、それでも、＜veto＞とは、制度上、まったく無関係なく＜intercessio＞[インテルケッシオー]（差止め、差止め権、介入権、異議申立て権）という、共和政国制において重要な制度と、問題の「拒否権」との間には、共通の要素があるのではと、個人的に考えています。

（５）ローマの王政が打倒された後に成立した共和政においては、かつての王が保有していた、強大な世俗的権限は、二名の執政官に引継がれることになったのですが、この二名の間に権限分割がなされることはなく、両名が完全な権力を保有しあったまま並立・対峙する体制が採られました。そのために、一人の執政官がある職務行為をしようとする際、他の一人がそれに反対したりしますと（「インテルケッシオー」は、「間に割って入る動作」を意味しています）、その職務行為はまったく効力を発揮できません。ただ一つ、国家が危機に陥ったときに特に任命される「独裁官」に対しては、この手は使えない仕組みになっています。国家が緊急事態に見舞われているからです。そのようなわけで、平時においては、両執政官が、互いに牽制しあって、国政の中核部分を管理・運営する任務を負うのですが、差止め権が政治慣行として確立していたおかげで、トップの二人が、比較的無難で、穏健な政策を実行することが、可能になりました。もちろん、一年制の執政官の背後には、元・執政官が多数所属している、終身制の、集団指導体制を取る「元老院」が控えていますので、実のところ、執政官の間の対立は、事実上、その元老院の意向によって、押さえこまれることも、多かったでしょう。それでも、共和政の盛期に当たる前三六七年には、多年にわたる貴族と平民との身分闘争の成果として、二名の執政官の内の一人が、平民出身者によって占められることが、法律によって決められましたので、二名の執政官の肌合いに変化が生じて、意見や政策の違いが表面化する事態も、少なくなかったはずですが、もし差止め権が用意されていなかったら、国政は混乱していたかもしれません。いずれにしても、この「ウェト的な制度」は、共和政の安定に貢献しました。それから、最高の政務官である執政官は、すべての下級の政務官の、すべての職務行動に対して、差止め権を随時行使することができます。もっとも、それが行使された例は、それほど多くなかったように思われます。

（６）次に、第二のポイントである「護民官」をめぐる問題について見てみましょう。先に示した「差止め権」に相当するような力が、護民官の最大の武器と

なっていることが、注目点です。護民官は、初めは二名構成でしたが、後には、一〇名にまで増員されました。彼らは、「平民を護る」ことを使命として、平民団の中から選びだされる「平民のボスたち」でして、非常時の特別政務官である「独裁官」を除くすべての政務官の職務行動に対して、現場において「差止め権」を行使することができるのです。貴族と平民の間の身分闘争のさなかで、平民の誓約により、貴族に対する最大の「クレーマー」である護民官の身体に対して攻撃を加える者には、平民すべてが反撃を加えることが定められたのですが、これにより、彼らの「身体不可侵性」が事実上確保されたことが、その差止め権の公認の基礎にあります。

(7) このように、国の政治の中では、護民官は、荒々しい存在として、お上に楯突く、ネガティブ系のパーソナリティーの役割を演じてきましたが、しかし、共和政の進展とともに、アウトサイダーとしての護民官の顔も、変貌していきます。まず、護民官職は、政務官の段階的な出世コースの中にきちんと組みこまれ、これを経て、彼らは、上位の法務官へ進むことができるようになったからです。彼らには、公的な顔も、備わるように、変化してきたのです。その出世ルートには、純然たる平民出身の人物だけではなく、真正面からは出世できない上流階層の人物も、参画してきますので、護民官のイメージは、少しぼやけてしまいました。また、始原的な状況では、一人の護民官の行動が他の護民官によって妨げられるようなことは、単なる内輪もめで、表だって問題にされるようなことはなかったと、推測されますが、しかし、公の政務官に昇格した護民官が相手となると、すべての政務官の職務行動に対してストップを掛けることができる、という政治慣行を利用して、ある護民官が、同僚の護民官の抵抗によって、その職務行動を無力なものとされてしまう、という事態も、生じてきたようです。平民出身の護民官の行動を、貴族出身の護民官が、事実上、潰してしまうのは、大いにありえることかもしれませんね。このように、元来、「反体制的な」色合いを帯びていた護民官職が、体制内に取りこまれて、かなりの程度、普通の政務官化した後を受けて、共和政に続く元首政（所期帝政）の時代には、元首の保有する「護民官」という称号は、「国民全体の保護者」という甘い意味を帯びるようになっていきます。これが、護民官職の最終地点なのでした。

< 2 4 > 「執政官は、国家が何らかの損害を蒙ったりしないように、配慮するべきである。」

(1) < V i d e a n t c o n s u l e s , n e q u i d d e t r i m e n t i r e s p u b l i c a c a p i a n t . > が、表題の命題に対応するラテン語で、これは、共和政末期の高名な弁論家であるキケローが、ある弁論の中に記している言葉です。従って、これは、「法格言」の部類にはとても入れられない類のものです。それでも、「有事の際の法規制」というテーマを立てて、ローマ人独特の対応を分析する今回の作業の「導入部」として、便宜的にこれを用いることにさせていただきます。

(2) 人間の歴史を通観してみますと、さまざまなタイプの「共同体」が次々に現われてくるのが、判明するのですが、数ある共同体の中で、究極的な形態と位置づけられるのは、「国家」というものでしょう。この「地球」という惑星が、全人類を纏めあげる「地球国」へと変身して、私たち人類のすべてが、平等に「地

球市民」となる、という構想は、今では空想・想像の世界の産物に過ぎませんが、遠い未来には、現実化するかもしれません。さて、国家というのは、その規模の大小を問わず、常にその存立を内外から脅かされる、不安定な存在です。「外敵の脅威」と「内乱（国内の覇権争い）」の双方に対処するために、支配する側（いわゆる「体制側」）は、さまざまな苦勞を重ねてきました。わが「ローマ国」の場合も、もちろん、その例外では、ありません。ローマは、紀元後二世紀頃の最盛期においては、地球上の全人口の五分之一にも相当する五〇〇〇万人を擁する巨大国家だったというように、歴史家から指摘されているのですが、歴史上、そこでは、領土の防衛・拡大を目ざす無数の戦争と、深刻な内部矛盾に起因する相当な数の内乱とが、繰り返えし、生じてきています。「ローマ」という国家は、前七五三年における伝説的な建国のとき以来、戦争と内乱を克服して、西方のローマでは、四七六年まで、そして、東方のローマでは、一五四三年まで、それぞれ、生き延びたのです（余談ですが、わが日本も、ローマの最盛期に翳りが見えはじめた紀元後の数世紀の辺りの時期に、「建国」を果たし、それから、今日まで、ほとんど途切れることなしに、「日本国」を立派に維持してきています）。ところで、「歴史は繰り返えす」とよく言われますが、二一世紀の現代でも、昔と同じように、中規模の戦争や内乱は、世界の各地で、絶え間なく発生しています。このような「国家的有事」に素早く対応していくための「緊急事態用の政治技術ないしは法技術」を開発していかなければ、国家はなりたっていけません。古代ローマ人の、この方面の「知恵」を読み解くのは、私たちが、時代を未来へと平和的に繋いでいくための「心の準備」にも、なることでしょう。

（３）ローマには、国政の中枢に位置する執政官以下の通常政務官（公職者）の職の他に、平時のものとしての、戸口調査官（いわゆる「センサス＝国勢調査」のような任務を引きうける人たち）と、戦争などの国家非常時に当たって特に選任される「独裁官（ディクタートル）」という、二つの非常政務官職があります。後者の独裁官が初めて任命されたのは、前二一七年に、あのカルタゴの猛将・ハンニバルが、アルプスを越えてイタリアに突入してきて、ローマ軍が大敗北を喫した時のことです。元老院は、元・執政官のファビウスをこの独裁官に任命しますが、このとき、国家非常事態の到来ということで、政務官制度の根幹にある「同僚制」を棚あげにして、単独の軍隊指揮権を彼に与えます。執政官以下の通常政務官の干渉や、護民官の「拒否権（差止め権）」なども、この独裁官に対しては、効き目がないように、仕組まれました。戦争に対応するためです。ただ、重大な制約がありまして、任期は六カ月限り、とされています。このポストが設置された例は、歴史上、五〇回を超えとも、言われています。それだけ、ローマでは、戦争が絶えなかったのですね。ところで、前二〇二年の例を最後に、このポストは、しばらく歴史に登場してこなかったのですが、しかし、共和政も末期になると、有力者間の覇権争いが激しくなりまして、前八二年には、スッラが、ローマで最初のクーデターを敢行した後、自身の暴力政権の合法性・正統性を世間に示すために、法律をわざわざ民会に作らせ、数年間にもわたって、独裁官の職に就く事態が、生じました。それから、あのカエサル（シーザー）も、後の前四六年には、この前例に倣いますが、彼の場合、「一〇年任期制」を導入したところに、新しい要素があります。しかし、「六カ月任期制のもの」という、異例で特別の政務官の特徴を捨てさった独裁官というものは、「古い器に新しい料理を盛る」といったローマ人独特の悪知恵（？）の産物と、言えるでしょう。カエサルは、前四四年に、「終身の独裁官」にさえもなったのですが、これでは、元老院の共和政信奉者たちから、「彼は王になりたがっている」と非難されるのも、当然ですね。前四三年に彼の暗殺が彼らの手によって決行されたのは、主としてそのせいではないかと、考えられています。

(4) 独裁官職は、このように、元々は、「外敵」を撃退するための緊急・非常の手段として、開発されたものですが、後には、別のタイプの「国内有事への対応策」が、登場してきました。独裁官の任命の際と同じように、ここでも、元老院がその非常措置の発動の主体となります(ローマの共和政というものが、いわゆる「主権在民」制によってなりたっているのではないことが、このように、民会ではなく、非常時に元老院が前面に立ちあらわれることから、判明するのです)。

(5) ここで、ようやく、表題の言い回しに辿りつきました。共和政盛期から激しさを増してきた、「閥族派によって率いられた貴族層」と「民衆派に率いられた平民層」との身分対立(「階級闘争」とまでは、規定できませんが)のピークが、「革命家」グラックス兄弟の登場によって生みだされたことは、世界史の教科書の記述でお馴染みのところでしょう。前一三二年に護民官となった、兄のグラックスは、自身の政治的主張に対立する立場を採る、同僚護民官を罷免するとともに、再び護民官のポストに就こうとします。ローマは、不文憲法の国ですが、元老院は、これらの、いわば「反憲法的な」重大行動に直面したとき、独裁官を任命する、旧来の方式を取ることはなく、新たな策として、自らの判断で、「執政官たちは、国家が何らかの被害を蒙ったりしないように、配慮すべきである。」という文言を内容とする「最終元老院議決(senatus consultum ultimum)」を發布して、その護民官の「国家転覆」の意図を実力で粉砕するための非常大権を、二人の執政官に授与しようとしています。しかし、これは、過去の歴史に照らして、あまりにも過激な内容のものであったので、実施には到らなかったようですが、それでも、反グラックス勢力の上流貴族グループが、どさくさに紛れて、護民官・グラックスの一派を市内で殺害してしまいます。こういった、ホンネ丸出しの実力行使は、まったく異常な出来事ですね。その後、民衆派は、勢力を盛り返し、殺害者たちを大逆罪で告発して、彼らを国外亡命に追いこんだだけでなく、「市民の死刑(殺害)は、市民(民会)の承認なしには、許されない」という趣旨の法律を成立させます。この立法により力を得て、新たに護民官となった弟の方のグラックスは、再び民衆派の過激政策を強力に展開しますが、これに対して、元老院は、今度は、問題の最終元老院議決を發布し、それに基づいて、彼に「公敵宣告」が言いわたされます。これにより、弟も、兄と同じように、惨殺されてしまうのです。前一二三年のことでした。因みに、この手の元老院議決は、その後、一二回ほど、發布されています。国内有事に即時に対応する法技術として、この手法がひとまず完成されたと、言えるでしょう。

(6) 現代の世界各国には、さまざまな色合いを持った「戒厳令」の制度が存在していますが(日本では、旧憲法に、これについての規定が、ちゃんと置かれていました)、特殊ローマ的な「独裁官制」と「最終元老院議決制」とが、国家危機に対処する手段として、ローマ公法の枠組みの中に組みこまれているのは、近代の戒厳令の先駆的形態と見てもよいように思われます。「法治国家」が存亡の危機に立たされたとき、「裸の」暴力や実力がストレートに行使されて、ホンネ的に決着が図られるよりも、可能な限り、法の定めるところに従って、粛々と危機対応がなされる方が、はるかにリーズナブルでしょう。ところで、普通、「クーデター」と言えば、国法を棚上げにした状態で、事態が進んでいくのですが、しかし、アジアの国では、国法とそれなりに折れ合いを付けながら、軍が全権を握るかたちの「中間型」のようなものも、存在しています。「軟らかいアジア」の特徴が、ここに現われていていますね。タテマエとしては、きちんと物事を組み立てなければ気のすまない、私たち日本人の場合、そういう風にはならないのですが。

< 25 > 「人の法に関する最上位の区分は、すべての人が、自由人であるか、あるいは奴隷であるか、という、このことである。」

(1) これは、< Summa divisio de jure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi aut servi. >の訳で、これは、後二世紀に活躍した有力な法学者であるガーイウスが教科書として編成した「法学提要」の一節です。従って、表題の命題は、その当時、世間に受けいられていた学問的命題の一つに過ぎず、「格言」のように、風格を具えた、一般的・抽象的な分析命題などでは、ありません。ところで、ラテン語に、< dicta et regulae juris >という並列的な表現があるのですが、ここは、たとえば、「法の、金言および法範」と日本語に訳すことが、できますね。これらの概念は、ペアとなって、法の姿を簡潔に描写してくれる解説用の命題として、現代においてとても有用なものとなっています。前の< dictum >は、「言明されたこと＝言句・言明・言説・金言」などの意味を、そして、後の< regula >は、「原理・規範・準則・格言・法範」などの意味を、それぞれ、示しています。「ラテン語法格言めぐり」というタイトルの付いた本編では、後の「法範」系の命題と、前の「金言」系の命題を、併せて収録してあります。さて、今回のテーマは、このような「金言」をベースにした、「人の分類」をめぐる考察です。

(2) ローマ法上、「奴隷 (servus)」というのは、「人 (自由人 = liber)」ではなくて、単なる「物」である、という明確な位置付けになっていますが、しかし、奴隷は、言うまでもなく、「ホモ・サピエンス (人)」に属する存在です。確かに、タテマエ論からしますと、「人」と「物」が同列扱いで論じられているのは、異様な現象と言えなくもないのですが、それでも、「人には二つの種類がある」という、歴然たる事実の重みに着目して、ホンネ論系の、このような表題の表現が、生まれてきているのではないのでしょうか。実際のところ、「人から奴隷のようなもの」への変更もあれば、「奴隷から正規の人へ」のそれもあるわけですから、よく考えれば、両者は決して異質の存在ではないのです。

(3) ローマ市民権を保有する人が、奴隷のような状態に陥るケースの一つとしては、彼が、債務 (契約上の債務や、不法行為に由来する金銭債務) を履行できなくて、身体的な責任を取らされることになり、俗に「債務奴隷」と名づけられるような、悲惨な存在に陥ってしまう場合が、あります (古い時代には、本当に奴隷となったり、外国へ奴隷として売られたりすることもありました)。現代日本では、そういうとき、債務者が「自己破産」の道を選び、ある意味ではさっぱりと、幕引きをする手もありますが、ローマには、そんな甘い逃げ道など、ありません。もっとも、正確に言えば、その人物は、自由人市民としてのステータスを保持したまま、債権者の許で働いて、債務をきちんと返済すれば、元の地位に復帰できるようになってきています (しかし、現実には、その返済は、容易なことではないでしょう)。一方、奴隷が、自由人、しかも、ローマ市民に、昇格するためには (ギリシアのアテーナイでは、解放された奴隷は「外人」にしかたれないことに、なっています)、奴隷解放の手續が、主人 (奴隷の所有権者) によって、きちんと取られることが、必要です。

(4) ガーイウスは、先の「自由人と奴隷」の種別に続いて、「自権者 (sui juris)」と「他権者 (alieni juris)」の種別を示しています。

「自権者」とは、いわば「独立人」で、基本的には、一家を構えている人のことです。他方で、「他権者」は、他人（家長）の権力に服属させられている人のことです。家長が死亡すれば、その家長権の下に置かれていた人々は、それぞれ、一挙に独立して、「自権者」へと、昇格していきます。ところで、ローマ法の構えでは、他権者の男子が、成熟期に達した後、どれほど高齢になっても、そのことにより自権者へと自動的に昇格することはない、というようになっています。これは、比較法的に見て、かなりユニークなシステムですね。もっとも、家長が、自身のイニシヤティヴで、きっちりと家長権免除の手続を取ってやりさえすれば、成人の家子が自権者へと昇格する道が、開けます。そのようなわけで、他権者は、完全な行為能力を保有することができませんので、いわば「劣格の市民」ということに、なるでしょう。

（５）ローマは、古い時代の国家の場合においてどこにでも見られるように、「属人主義」を採る国でしたから、ローマ法は、ローマ市民権保持者にしか、適用されません。農耕社会でなら、市民だけで完結した社会を維持していくことが、可能でしょうが、しかし、国力の拡大によって、外人がローマにやってきて定住したり、ローマと周辺の各地域との通商が盛んになったりすると、市民が外人（他共同体市民）と接触する機会が、取引現場などで、極く普通に生じてきます。このとき、商取引を継続的に円滑に行なっていくためには、何らかの法ルールが必要となつて、自然と、国籍を問わず、両者の間に共通の実効力を持つ「取引法」が、事実上形成されていきます。そこでは、「市民」と「外人」との類別の意味は、それほど明確なものとは言えなくなるでしょう。以上の話は、ホンネ（実務）の世界でのことに関係しますが、他方で、外人でありながら、ローマから、特別に、取引権（ローマ法上正式に取引当事者となることを可能にする地位）と、「通婚権（ローマ法上有効な婚姻を執りおこなうことを可能にする地位）」を授与されることによって、ローマ法社会の一員となれた、一部の人々が存在します。これは、もちろん、ローマ当局の政策的配慮によるもので、ローマとコネを付けたい、ローマ周辺の共同体の有力者たちには、大きなメリットをもたらすものでした。これは、タテマエ上の話です。

（６）ローマは、戦士である男性だけが、法の世界の主人公となる「男系社会」の国でしたから、「男と女」の法的待遇に大きな違いが設けられているのは、当然です。もちろん、法定相続においては、男女均分主義が採られていますし、また、婦女が他家に嫁ぐ際に、実家の家長から与えられる「嫁資（持参金）」は、婚家における妻の地位を強化するのに、大いに役だっていますから（離婚時には、妻はそれを実家に持って帰ることが、できます）、「男尊女卑」一色、というわけでも、ないのです。

（７）それでは、もう少し話題を拡散させて、ホンネ（社会的実態）論上の問題を考えてみると、「独立人」と「従属人」の類別を知っておくことが、ローマ社会を知る上で、有用な手だてとなるでしょう。

（a）主人（所有権者）から解放された奴隷は、解放後に、半自由人になります。それは、彼らには、生まれつきの市民に保障されている政治的な諸権利が与えられることは、ないからです。もっとも、その人の子は、ようやく正規の自由人の資格を獲得します。その元・奴隷は、世代を超えて、主人の被護者の地位に置かれ、元・主人（保護者）に、色々な局面で、奉仕をしていかなければなりません。彼の、元・主人の権力への従属は、形を変えて続いていくわけです。

（b）生粋の自立市民でありながら、主として経済的要因により、有力者の庇護を求めて、自発的に、その人への「従属状態」に身を置く人が、います（有力な外人の中にも、そういう人々が、います）。巨大都市ローマで「遊民」風に生きて

いくには、誰かの傘の下に身を寄せなければならないからでしょう。彼ら被護者は、保護者から、さまざまな便益を日常的に得る代わりに、各種の奉仕を保護者に提供していかなければなりません。たとえば、この「親方」が毎日町を練り歩く際に、お供をしたり、選挙のときに、各種のサーヴィスを提供したり、するのです。

(8) ローマの「人の法」(人の処遇を規制する法)には、古代社会一般に見られる色合いの他に、ローマ人独特の構えが、濃厚に認められる、と総括しても、よいでしょう。そのために、ローマの制度そのものに関しては、私たちが学ぶものはないでしょうが、それでも、そこで必要上利用されてきた各種の「法技術」の実相やその成果に注目することは、学問上それなりに意味のあることのように、筆者個人には思えます。とりわけ、彼らが、ローマ市民権の拡大に絶えず気配りをする(もっとも、これはローマの利害を考えてのことですが)とともに、ローマ市民権と元来の市民権との並立を公認した点が、特筆されることです。後二二二年に発布された「アントーニヌスの勅法(いわゆる「カラカッラ勅令」)が、帝国領域内の、ほとんどすべての住民に、ローマ市民権を一括付与したことは、画期的な措置ですが、これは、「二重市民権」を生み出すだけのものでした。市民権付与政策において「開かれた」姿勢を常にとってきたローマは、更に、法の展開全般においても、かなり「開かれていた」のです。その結果として、ローマ法は、普遍性・世界性を獲得し、後代のヨーロッパにおいて、法の一つの模範ないしはモデルとして、受けいれられました。

< 26 > 「私たちは、ただ一人の人の権力の下に、あるいは自然に従って、あるいは法に従って、服属している多くの人々を、本来の法に従った家族と言う。」

(1) < J u r e p r o p r i o f a m i l i a m d i c i m u s p l u r e s p e r s o n a s , q u a e s u n t s u b u n i u s p o t e s t a t e a u t n a t u r a a u t j u r e s u b j e c t a e . > が、日本語命題に対応する原命題です。これは、「学説彙纂」の、「定義」を纏めた章に見える学説法文(ウルピアーヌス)の一節です。< f a m i l i a > (家族)という、ローマ法では根幹的な概念についての説明が、珍しいことに、この文章に引きつづいて、極めて詳細に、展開されています。その「家族」には、家長、家母(家長の妻など一彼女が夫の手権に服している場合)、家息、家娘、孫男、孫女などが、含まれます。次に、以上の、学説法文中の「解説」を手がかりとして、ローマの「家族=家」の姿を遠望してみましょう。

(2) ローマの「家」は、古来の、貴族と平民の差別・分断状態が、多年にわたる身分闘争によって、タテマエ上、相当程度に解消されてから、帝政が登場する紀元後の時代までは、家を率いる家長は、法という土俵の上で互いに対峙する、同等の人格、と想定されています。それでも、実態(ホンネ)においては、血統を誇りにし、土地所有に確かな生活基盤を持ち、政務官(公職者)を毎年出しあうことにより、政治的に重要な地位を保持しつづけた、少数の「元老院貴族」の家と、政治的・経済的・社会的に、低い地位に押しこめられた、無数の「平民」の家との間には、大きな格差があります。実は、以上の二元的な説明は、不十分です。典型的な貴族と典型的な平民の狭間に、平民出身の「ビジネスマン」としての性格も持つ「騎士階層(私費で軍馬を提供して出陣することができるほどの

資産を保有する資産家の層)」が育ってきているからです。そのようなわけで、古い時代の国家で普通に見られるように、ローマでも、差別・分断の現象が、歴然と存在していました。共和政から帝政への政治体制の流れの中で、その傾向は、いっそう強められます。

(3) 確かに、「家」は、市民団の、最小で最も基礎的な単位であり、国家の基軸を構成する存在なのですが、実のところ、それは、それほど強固なものでは、ありません。家長が死亡しますと、家男は、それぞれ、一家の家長となりますが、家女は、独立の家を構成するものの、家長の地位には就けないことになっていきます。一般に短命であったローマ人は、死亡の際、未成熟の子を残すことが、しばしば、生じました。家女と未成熟者には、たいていは身内の者が、後見人として付きます。このような家外者を抱えこんだ家というのは、不透明な存在なのです(後見人が立派な人物とは、限らないからです)。家長の死後に、新しい家長(たとえば旧家長の長男)が、その家全体を、そっくりそのまま受け継ぐ、という「引継ぎ型」のスタイルは採られず、死亡と同時に、法的に家はばらばらに解体されるのが、ローマ流の処理法でしたから、家の再生産は、事実上、家の弱体化を招きます。所有農地が細分されたときのことを想像して頂ければ、この辺りの状況は御理解頂けるでしょう。

ローマ(とりわけ、ローマ本市)で、「家」という名に値する人的集団の「量」や「質」は、どのようであったのか、という基本的な問題が、あります。元々、上流層の貴族にも、中流層・下層の平民にも、スケールには大きな違いがあるものの、それなりにちゃんとした家があったことでしょう。しかし、各種の要因によって、生活基盤である農地を手放すことへと追いこまれた、平民層の農民の中には、離農して、ローマ市に寄生する人々も、多く出てきました。奴隷上りの市民は、元の主人と繋がって生活していますので、それなりの家を築きあげることもできたでしょうが、しかし、ばらばらなかたちで都市遊民化していった人には、「家意識」など、生まれてこなかったでしょう。いかにもローマらしい「家」の数や割合は、人口の増加に反比例して、減っていったと、推定されます。一方で、家の「質」も、全体としては、低下していく傾向にあります。もっとも、先の、新興の「騎士階層」の家は、経済的にしっかりとした基盤を持っていたこともあって、比較的安定した地位を保ちつづけます。

(4) 「家」は、いわば「権利の巢」です。家長の権利(家長権)(*patria potestas*)は、家の構成員全体への支配権(もっとも、実家の家長の家長権に服属したままで、楔を打ちこむようにして、婚家に入ってきている妻に対しては、婚家の家長は、支配権は保有していません)、家財などに対する所有権、奴隷に対する主人権など、家のあらゆる分野に及びます。家長権の最高の行使形態は、家子に対して「生殺与奪の権」を発動し、その者を殺害してしまう場合です。以上は、タテマエ(法の構え)についての話ですが、しかし、ホンネ(実像)を探ってみますと、家長は、権利という鎧を身に着けていますが、その上には、広い意味での「社会的義務」のヴェールを纏っています。この、無形の、捉えどころのないところもある義務に十分に気配り・目配りをしない家長は、法の世界ではなくて、モラルの世界で、ときには、「祖先の慣習」に反する行ないに出た者として、世間から、糾弾され、窮地に陥ることも、ないわけではありません。特に、上流層の、この手の不祥事には、ナンバー・ワン政務官である執政官よりも更にステータスの高い「戸口調査官」が、かなり重度の制裁を科しますので、油断はできないのです。時代が下るにつれて、家長を縛っていた社会的義務は、法的な義務へと格上げされて、タテマエの世界に取りこまれますが、全体として見た場合、法とその他の社会規範との間には、いわば「テリトリー協定」のようなものが、暗黙の内に横たわっていた、と言えるかもしれません。これは、法治国家で

ある現代の日本における状況と、同じようなものでしょう。

(5) 家長に対して法によって保障されている、強力なリーダーシップが、額面通りに実現するか、という点に関しましては、多少の留保も、必要でしょう。農業経営が生活基盤となっていた、古い時代には、閉鎖的な農業社会において経験を積んだ、農夫としての家長は、家の中で権威を保つことができましたが、やがて、外部との商取引が頻繁になってきた経済社会では、成人年齢に達した家息が、家の経営に実質的に関与する局面も、生まれてきます。家長が、家息に「ヘソクリ」風の資金を与え、家息が、それを元手にして、独自の経済活動をする機会も、生じました。この取引の決済に関しては、これにきちんと後押しをする、巧妙な法システムが、後代に開発されています。「付加的な性質の訴権」が、それです。

(6) 最後に、ホンネの視点から、ローマの「家」を掘りさげて見ますと、「従属・不平等の関係に切りさげられている家」、「解体・崩壊の危機に晒されている家」、「義務にも気配り・目配りをせざるをえない家」、「家長の権威が下落しがちな家」といったイメージが析出されてきます。

< 27 > 「自身の恥辱を申立てる人は、聴きいれられるべきではない。」

(1) < Allegans suam turpitudinem non est audiendus . > が、このラテン語命題です。そのルーツはローマ法にありますが、後代のイギリス法において、このような、きっぱりとした言い回しになったのでしょう。ここの「聴きいれられる」という言葉は、「裁判で、その主張が、認められる」という意味の動詞です。

(2) 「元々、自分が、悪いこと（よろしくないこと）を、相手方との絡みの中でやらしかしておきながら、その相手方が悪いと言って、法廷に訴えでる、などというのは、人の道に外れている。その手の行ないから損が生じても、それは自業自得のようなものだ。その人の手は、既に汚れているのだから、清らかな手の人しか受けいれられない法廷に入る資格など、その人には与えられない。」といった理屈は、一応のところ、世間的にも、なりたつでしょう。

(3) 賭けマージャンのような賭けごとをして、負けた方が賭け金を支払う、という約束は、巷の、無言のルールとして確立されているようですが、こういうものは、民法上、「公序良俗違反」として、無効の扱いになります（一方、刑法では、賭博行為は、罰せられます）。ですから、賭けに勝った方は、賭け金債務の支払いを敗者の側に求めることは、法理上、できません。しかし、世間の常識では、賭けに負けた方は、きちんと「債務」を弁済する義務があることになっています。それが「仁義」というものでしょう。

さて、ある人が、いったん賭け金をマージャンで勝った方に支払っておいて、後になり、その金を、賭博契約の無効を理由に、「不当利得分」として返還するよう、勝者に求めて、裁判所に訴えでても、そういった要求を裁判所は認めることは、ありません。そこには、「不法原因給付」という状況があるからです。同じようなことは、大学などへの裏口入学を斡旋して貰う対価として、相当な金額を「仕事人」に渡した人は、「入学工作が不成功に終わった際には、仮に資金の全部または一部を返還する」という特約が付けられていても、この仕組みは、「不法原因給付」の一環となっていますので、その金を返還するよう、裁判所に取りはからっ

て貰うことは、できません。「裏の仕事は裏で清算する」のが、「掟」なのです。それでも、気の利いた人なら、裁判所には頼らずに、資金を返還させるよう、圧力を掛ける手を考えだすことでしょう。

(4) パウルスという高名なローマ法学者には、学説法文となった明快な命題があります。「私たちは、与える人の許にも、受けとる人の許にも、恥辱行為が存在するときには、返還請求されることはできない、と言う。たとえば、悪い判決がなされるように、金銭が与えられるような場合が、それである。」*<Ubi et dantis et accipientis turpitudine versatur, non posse repeti dicimus: veluti si pecunia detur, ut male judicetur.>* なお、日本民法第七〇八条に、「不法な原因のために給付をした者は、その給付したものの返還を請求することはできない。ただし、不法な原因が受益者についてのみ存したときは、この限りではない。」という規定が、ちゃんと設けられています。このように、法の歴史は、「物事の道理」を介して、繋がっているのですね。

(5) ここで、本項のテーマに関連するところもある、ローマ法の学説法文を、いくつか掲げておきましょう。

①「恥ずべき事由に基づいて約束されたものは、有効ではない。」*<Quod turpi ex causa promissum est, non valet.>* (「法学提要」)・・・これは、たとえば、「公序良俗」に反するような内容の約束が、いわば「実体法」的に無効であることを意味する格言です。

②「恥ずべき契約からは、訴権は生じない。」*<Ex turpi contractu non oritur actio.>* (パウルス)・・・こちらは、いわば「手続法」的な視点から考察を加えている格言です。

③「自然の法によって、誰も、他人の損失を伴って、また不法に、利得するものとならないことは、衡平である。」*<Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiores.>*・・・これは、「不当利得」の基本構造を示す格言です。「自然(自然法)」が引きあいに出されているところが、注目点ですね。不当利得が発生する原因には、いくつもの道筋がありますが、最も判りやすく、しかも比較的多く生ずるのは、債務もないのに、債務があると誤信して、給付がなされてしまった場合です。ところで、先の①②の命題と関係のある不当利得は、「恥ずべき原因に基づく不当利得」です。相手方の許だけに「恥ずべき状況」があるときには、このルートから、不当利得が成立して、給付されたものは、取りもどされますが、給付者の許にも「恥ずべき状況」が介在すれば、「不法原因給付」が成立して、給付者が、給付した物を取りもどすことは、不可能となります。ローマ人は、長年の経験から、法世界の中に「不当に利得している人」が多数存在するケースを認識していましたが、実に丁寧に、これに対処する法的技法を開発してきました。その成果は、現代にまで、引きつがれています。

(6) ところで、英米法には、*<He who comes into equity court must come with clean hands.>* [衡平法の法廷に入る人は、清らかな手でやってこなければならない。]

という、有名な「クリーン・ハNZ原則」関係の格言があります。自身が不徳・不正なことをしておきながら、都合のよいときにだけ法律の救済を受けようとするのは、虫がよすぎる。法廷において権利を主張し、保護を求めるには、自らの手が汚れていてはいけない、という趣旨のものと、普通、言われています。

(7) 最後に、御参考までに、イギリス法の「コモンロー」上のある制度について、触れておきましょう。「誰も、自身の行為に反して、進むことはできない。」<Nemo contra factum suum venire potest.>が、これですが、ここに、「禁反言(エストoppel)の原則」が、織りこまれています。この原則の適用例には、いくつものパターンがありますが、その中で最も重要なのは、「表示による禁反言(estoppel by representation)」です。それは、次のような内容のものです。ある人が、他の人のした「表示(言葉＝文言や、行為)」をそのまま信じ、それに基づいて自身の地位を変更する行動に出たとします。これは、極く自然な流れですね。ところが、その、他の人が、後になってから、自身の表示が真実に反していたことを理由として、その表示を一方的に翻す行動を取ります。そのとき、コモンローは、そういった自分勝手な振舞いを許さないのです。英米法の世界では、他の法系の国々の場合以上に、「フェア・プレー」の精神が重んじられているのですが(「彼はフェアでない」という人物批評は、イギリスの上流社会では、致命的な悪評になることでしょう)、この、取引の安全を確保するための「禁反言の原則」も、その精神の教えが反映した制度となっていますね。先の「表示」の内容の一つに、「行為」というものがありますが、ここには、積極的な発言だけではなく、発言義務のあるときの沈黙や、不作為までもが、含まれますし、また、その「表示」には、意図的になされた場合ものだけではなく、相手方が「表示があった」と、結果的に信じただけのものまでも、含まれます。従って、このタイプの「禁反言ルール」が適用される範囲は、かなり広げられてきているのです。イギリスは判例法の国ですから、新しい事案から問題が浮上してくれば、その都度、法原理の適用範囲を拡大することは、容易にできます。例によって、筆者流の表現で、この辺りの状況を解説してみますと、いったん「タテマエ(外観＝形にされたもの)」が設定されてしまえば、「ホンネ(実体的真実＝本当のこと)」を後になっていくら持ちだしても、既存の状況を変えることはできない、という仕組みが、ここに出来あがっているのです。

(8) 先の「表示」が、当初から、悪意を持って、偽の情報を提示する性質のものであった場合は、表題の「不法原因給付」の構造に見られるような「悪」の契機がそこに組みこまれているわけですが、そうではなくて、悪意などなく、真実だと思っていたことが後で虚偽と判明しただけのときにも、俗な言葉を用いますと、「やってしまったことは、もう取りかえしが付かないのだ」、「後の祭り」、「覆水盆の返らず」といった雰囲気になってくるのです。「人情の機微」や「世の常識」といった一般的な言い回しで、この辺りのところを表現できる部分も、ありますね。

(9) 以上に示した「理屈」でそれなりに説明が付く事案が、現代においても、あります。「ロマホペディア」の第二部の「特別版」[I]に、「再審」についてのかなり詳細な記述がありますが、今回の事案は、それと関係するものです。ある人は、自身が犯罪を犯していないことはちゃんと知っていながら、他人の「身代わり」となるようなことが、ときには、あります。最もメリハリの利いた過程は、犯人として自首するケースでしょう。自発的に身内の代わりをしてやるくらいなら、まだ穏やかな方ですが、しかし、他人や組織によって強いられて、犯人に仕立てあげられてしまう、となると、大事になりますね。しかし、有罪が確定した後になって、元・被告人(犯人)が、「実は私は犯人ではなく、身代わりになっただけだ。」と言って、無罪判決を求める再審を申し立ててきたとき、微妙な法律問

題が発生してきます。元・被告人が再審手続の開始を求めるのは、確定判決＝既成事実クレームを付けることですから、事の性質上、ちゃんとした再審理由を持ちださなければなりません。そこでは、「あらたに発見された証拠」を示すことが必要となりますが、「身代わり犯人」の場合、彼は、自身が犯人でないことなど、とっくの昔に知っていたわけですから、こういった場合は、「あらたに発見した証拠を提示する」という要件には、当たりません。最高裁の判例にも、「本案の審理において、ことさら、その証拠があることを知りながらこれを提出しないで、有罪確定後その証拠を援用して再審の請求をするばあいには、刑訴法第435条第6号にいわゆる『証拠をあらたに発見したとき』にあたらぬ。」という内容のものが、あります。つまり、問題の再審請求は、否定されるのです。そのような結論を導く理由の一つとして、当事者主義を基本原理としている日本の刑事訴訟法の下では、先の例において見られる、いわば「汚れた手の」の持ち主に神聖な再審請求のチャンスを与えたりするのは、「禁反言の原則」に反する、といった発想があるのでしょうか。一方、検察官が再審請求をするのには、問題がないこととなりますね。再審の目的として、被害者の人権の救済を図ること（ホンネ）がありますが、それと並んで、実体的真実を突きとめて、正義を貫くこと（タテマエ）も、もちろん重要です。このように考えれば、身代わり犯人であるという、元・犯人の告白をきっかけにして、真犯人を炙り出すのも、検察の大切な仕事になりますね。

< 28 > 「父は婚姻が示す人である。」

(!) < P a t e r i s e s t , q u e m n u p t i a e d e m o n s t r a n t . > が、この命題の原文で、これはパウルの学説法文です。ところで、二〇一四年七月一七日に、重要な意味を持つ最高裁判決が出されました。「DNA鑑定をしたところ、父とされている人と子の間に血縁関係が存在しない、という結果が導かれたことを根拠にして、その父子関係（親子関係）を取消すことができるのか」という論点に関して、三つの家族がそれぞれ別個に争ってきた事案についての最終判断が、初めて下されたのです。刑事事件では、「犯人」とされた人のDNA鑑定が「再審無罪」を導きだした例も、近い時期にいくつもありませんでしたので、この新鑑定技術のことは、既に世間で知られるようになりましたが、今回のものは、家族法関係に大きく影響を及ぼす事例となっています。

(2) 事案の概要は以下の通りです。

① [北海道のケース]・・・「離婚」した元・夫婦間の争いです。元・妻が、結婚中にもかかわらず、現・夫の子を出産します。元・妻が、現・夫と子の間の血縁関係が、九九・九九パーセントの確率で存在するとする、DNA鑑定の結果を根拠として、元・夫と子の間の「父子関係」の「取消し」を求めて、提訴しました。第一審も、第二審も、「父子関係の取消し」を認める判決を出していました。鑑定の威力が見事に発揮されたのです

② [近畿地方のケース]・・・「別居」中の夫婦間の争いです。夫が単身赴任中に、妻が、交際相手との間で、子を出産します。その交際相手と子の間に血縁関係が存在することを示す、「DNA鑑定」の結果と、交際相手とその子および自身との「同居の実態」があることを根拠として、妻が、「父子関係の取消し」を求めて、提訴しました。先の場合と同じように、二度にわたって、「取消し」が認め

られていました。

③ [四国地方のケース]・・・「離婚」した元・夫婦間の争いです。元・妻が産んだ二人の子と元・夫との間には、血縁関係が存在する確率はゼロ・パーセントであるとする、DNA鑑定の結果を根拠として、ここでは、元・夫の方が、自身と二人の子との間に、法律上の父子関係はないとして、提訴します。第一審も、第二審も、「父子関係は取消せない」と判断していました。

(3) この最高裁判決のポイントは、「DNA鑑定で血縁関係がないと証明されても、それだけでは、法律上の父子関係は、取消せない」というもので、これは、前の二つの家族の事案について、第一審と第二審が、いずれも、父子関係を取消す判決を出したことを受けて、最高裁が、初めて、それとは反対の方向で、判断を下したケースです。一八九八年に制定された民法の第七七三条(「妻が婚姻中に懐胎した子は夫の子と推定する。」)で示された「嫡出の推定」が、現代科学技術の成果によってすなりと破られてしまうかどうか、法理上極めて重要な問題として、浮上してきたからです。以下に、この「DNA父子鑑定訴訟」に関する判決の「要旨」(裁判官の手で書きあげられたものでして、司法記者の要約では、ありません)を紹介しながら、解説していきましょう。話はとても難しくなりますが、それでも、最高裁判所の裁判官の発想ならびにその発想の違いとか、判決の論理の運びとかに触れて頂くための、とてもよい機会であると思われるので、敢えて本編に収録いたしました。

さて、最高裁判決の場合にだけ生ずるのですが、三対二の僅差で決着が付いた事実が、判明しています(下級審の判決については、それが、全員一致に依るものか、あるいは多数決に依るものかは、外部には見えてきません)。「父子関係は取消せない」という、多数を制した「法廷意見」が、行政官出身者、弁護士出身者、検察官出身者の計三名の裁判官によって示され、一方で、「取消せる」という「反対意見」が、計二名の裁判官出身者(その内の一人が裁判長です)によって示された事実には、単なる偶然の産物と見るにはもったいないほどの情報が詰まっているのではないかと、筆者個人は考えています。なぜならば、「法規の構え」を大切にする傾向のようなものを色濃く共通に持つと思われる、「裁判官」というパーソナリティーが、本事案では、「保守的なスタンス」ではなくて、「改革的なスタンス」を取ることを明らかにしたところに、何やら意味深長な振舞いも、見えてくるからです。こういった筆者の分析につきましては、御異論も、多くあるでしょう。因みに、これら二名の裁判官の動きは、地裁と高裁の、計四つの「父子関係取消し」派の実績(もっとも、これは比喩的な表現に過ぎませんが)に呼応するかのようなものでした。一般に、地裁が、世間の新しい風を受けて、現状改革的な判断をまず出し、そして、高裁がそれをしっかりと受けとめて、結果的に問題の事案が最高裁へと持ちこまれる事態になったとき、最高裁(とりわけ、裁判官出身の裁判官)は、二段階の下級審の判断を受けとめ、その線で、最終判決を出すことがあるように見えることがあります。今回も、裁判官出身者の裁判官の意見は「少数派」でしかありませんが、そのような流れになったのかもしれない。これを「単なる偶然の産物である」と冷ややかに見る向きは、当然あるでしょう。

(4)「法廷意見」(多数意見):「夫と子との間に生物学上の父子関係が認められないことが科学的証拠で明らかであり、また夫婦が既に離婚して別居するなどし、子が親権者である妻の下で監護されているという事情があっても子の身分関係の法的安定を保持する必要がなくなるものでないため民法の嫡子推定が及ばなくなるとはいえず、訴えにより父子関係の存否を争うことはできないとするのが相当だ。法律上の父子関係が生物学上の父子関係と一致しない場合が生ずることにな

るが、民法の規定はこれも容認している。妻が妊娠した時期に、事実上の離婚や遠隔地の居住などの事情があった場合は、嫡出推定は及ばないが、本件にそういった事情はなく、父子関係の不存在確認を求めた訴えは不適法と言わざるを得ない。」

（５）「先の法廷意見に対する補足意見Ａ」：「ＤＮＡ検査技術が進歩した中で、父子関係を速やかに確定して子の利益を図るという嫡出推定の機能は現段階も重要性を失っておらず、血縁関係のない父子関係であっても、法律上の父子関係として覆さないことは一定の意義がある。旧来の規定が社会の実情に沿わないものとなっているのであれば、裁判所で個別に解決するのではなく、立法政策の問題として検討すべきだ。」

「補足意見Ｂ」：「科学技術の進歩に応じ、ＤＮＡ検査の効果的な利用は必要であるが、ＤＮＡは重要な情報であり、決して乱用してはならない。法解釈で対応できないような新たな規範を作るのであれば、国民の中で十分議論した上で立法するほかない。」

「反対意見Ａ」：「取り消しを認めた２審の結論は相当で維持すべきだ。夫婦関係が破綻し、子の出生の秘密があらわになっており、生物学上の父と法律上の親子関係を確保できるような状況にあるという要件を満たす場合は、取り消しを認めるべきだ。認める場合を広げると、ＤＮＡ検査の強制や乱用的利用につながると危惧する向きもあるが、乱用防止のために立法や法解釈上の規制が必要であれば、それはそれとして、検討すべきだ。」

「反対意見Ｂ」：「取り消しを認めた２審の結論は相当だ。民法の規定する嫡出推定の制度や仕組みと、父子の血縁関係を戸籍にも反映させたいと願う人情とを適切に調和させることが必要である。本件では、夫婦関係が破綻して子の出生の秘密があらわになっており、また血縁関係のある父と法律上の親子関係を確保できる状況にあるという点を重視して、取り消しを認めるのが相当だ。」

（６）ここで、例によって、筆者個人の「タテマエ・ホンネ」論の視点から、この最高裁判決の分析を試みることにいたします。「結婚している妻が懐胎した子は、夫の子（嫡出子）であると推定する」との民法規定は、「家」制度を守り、父親をできる限り早い時点で決めることにより、子の地位（親子関係）を安定させるための「枠組み（タテマエ）」を、明確に打ちだしたものです。この「嫡出の推定」という「タテマエ」を崩していくためのさまざまなアプローチの一つとして新登場してきたのが、ＤＮＡ鑑定という科学技術です。しかし、よく考えて見ますと、私たちは、血の繋がりのない人を、養子として、ファミリーの中に受け入れることもあり、また、夫の精子ではなくて、誰か判らないようにされている人の精子を用いて妻の許で出産が行なわれることもあり、それから、冷凍保存されている、夫（死者）の精子を用いて妻が出産することもあり、更には、「代理母」までも現われてくることもありますので、ＤＮＡ鑑定が出た、ということを直ちに決定的な要素と扱う必要は、必ずしもないわけです。ところで、日本の格言に、「生みの親より育ての親」というものが、あります。これは、「生みの恩より育ての恩」というのと同義の言い回しですが、試しに、「血縁の親より育ての親」と言いかえてみれば、ＤＮＡ問題の受けとめかたにも、なにやら幅が生まれてくるのではないのでしょうか。さて、ＤＮＡ鑑定による「父子関係」の確定というのは、筆者の言葉を用いれば、事実＝真実を示す究極の「ホンネ」なのですが、現段階では、その「ホンネ」の威力は、「タテマエ（法的に構想された身分）」により辛うじて押さえこまれた、という構図がなりたっているのです。

（７）今回の最高裁判決について見てみますと、最高裁の第一小法廷（正確には、

五名中の三名)が、「DNA鑑定」という新開発技術の「事実証明力」を押したてて、「父子関係」の存在を否定するという、下級審の「新しい風」に対して、旧来の論理を押しとおしたものと、評価することができるでしょう。しかし、今後、国民の家族意識や結婚観(「事実婚」を「法律婚」並みに扱うかどうか、最大のポイントです)が大きく変わったり、子供の幸せとか福祉一般とかをめぐる法制上の取扱いに変化が生まれたり、また、生殖補助医療の技術の開発・発展により発想の転換が具体化したりしてきますと、司法のトップである最高裁判所が、判事全員によって構成される「大法廷」において、従来の判例を大きく変える、というような事態が起きるかもしれません。もちろん、司法の動向とは関係なく、立法のルートで、「親子関係・父子関係・血縁関係・婚姻関係」などに関して、新しい道が示される可能性も、確かに存在しますが、根本的な異論を抱えたままでは、立法政策がスムーズに動いていくことは、實際上、あまりないのです。筆者個人の予測ですが、司法判断が先行し、立法がそれを具体化する、というコースが、日本的な問題処理の正道の一つになるでしょう。

< 29 > 「分野別の格言一覧」： [I] 法一般

[この「格言一覧」の部門では、現代法の仕組みと関係がある格言、ローマ法独特の格言、一般的な格言などの内で、筆者個人の目線で興味のあるものだけを選びだし、これらを、順不同で並べて、分析することになっています。]

(A)「権利は、すべて、いわばある泉からのように、正義から流れでる。」< *A j u s t i t i a j u r a o m n i a e m a n a n t , q u a s i a q u o d a m f o n t e .* > (ウルピアヌス)・・・< *j u s t i t i a* > (正義)は、< *j u s* > (法・権利)や、< *j u s t u s* > (公正な)といった言葉と語源的に繋がっている重要語で、「公正さ・正当さ・正義」などの、深い意味を持っています。古代ギリシア人ほどではありませんが、ローマ人も、「正義感覚」に優れたところを持つ人々でした。もっとも、ローマ人が、「実践・実務・具象(ホンネ)」の面で、その感覚を鋭く発揮したのに対して、ギリシア人は、どちらかと言うと、「理念・想念・理論(タテマエ)」の中で、それを捉えていたように、思われます。< *j u s* > (< *j u r a* >はその複数形です)や、その格変化形である< *j u r i s* >および< *j u r e* >から始まる格言命題は、多数存在しますので、「ロマホペディア」の本編(B)部門「法律ラテン語格言集」に収録されている、アルファベット順の「法格言一覧」の個所を、御検索ください。以下の記述に見える、他の、見出し語命題にある重要項目についても、同様です。

(B)「正義は、各人に彼自身の権利を配分する、恒常的で、また、永続的な意思である。」< *J u s t i t i a e s t c o n s t a n s e t p e r p e t u a v o l u n t a s j u s s u u m c u i q u e t r i b u e n d i .* > (ウルピアヌス)・・・このような発想には、ギリシア哲学の影響が認められると、ある学者によって、指摘されています。「何が正義か」、「普遍的・絶対的な正義など存在するのか」、「誰にとって正義か」、「正義か不正義かの仕分けをするのは誰か」などなど、「正義論」の扱うテーマは、広汎で、しかも、人の生死にも関わる重大なことでもある(「正義の戦争＝正戦」が敢行される場合に、そのようになります)ので、常に、とても重いものです。現代においても、

これらの難問は解けていません。人類の歴史的体験が積み重ねられてきても、なお、そうなのです。最近の世界情勢の中では、イスラム色の濃厚な「大義」というものが、にわかに、その存在感を高めてきていますね。

(C)「法は、すべて、人のために定められている。」<Hominum causa omne jus constitutum est. >・・・法は、理想論的に捉えれば、少なくとも、それが制定された時点では、人の利益となるように、という明確な意識の下に構成されているものですが、それでも、状況が変わってくると、法システムが人の不利益を生み出す元凶として、私たちの前に立ちはだかってくることも、あります。法の使命の一つに、「利害の調整」というポイントがありますが、リッチな人、権力を持つ人、強い人、上の人などに有利に調整がなされたりしますと、社会に不満が発生します。法によって保護されたり、救済されたりする恩典に与れない人が、不満の声を大きく上げるのです。このとき、法の仕組みを手直しする試みもなされるでしょうが、わが国では、法改正の際、利害対立が鮮明になって、手間が掛かることが、しばしばなので、この試みが実を結ぶのは、並たいていのことではないのです。

(D)「政治が諸法律（諸法）に適合させられるべきなのであって、諸法律（諸法）が政治に適合させられるべきである、というわけではない。」<Politia legibus, non leges politiae adaptandae. >・・・「法治国家」では、政治というものは、「法」の枠組みの中で展開される、というのが原則ですが、発生論からしますと、「広い意味における政治が、法を作り出す」という側面も、確かに、ありますね。「政治」と「法」の間の、綱引きにも似た主導権争いは、永遠に続いていくことでしょう。

< 30 > 分野別の格言一覧 : [Ⅱ] 総論

(A)「よい法律は、悪い慣習から生みだされる。」<Bonae leges malis ex moribus procreantur. >（ローマ時代の文人の作品）・・・法学者なら、これほど断定的な言い回しはしないでしょう。よい慣習から、発展的に、よい法が出来あがることも、あるからです。古今東西のどの国においても、慣習と法との間には、微妙な緊張関係がなりたっているのではないのでしょうか。歴史に名高い「法の国」ローマでも、少し離れたところから観察してみますと、両者間の勝負には、引き分けのようなところも、ないわけではありません。

(B)「ある人が他の人に対して法として定めたのと同じ法を、そのある人自身が用いるよう。」<Quod quis juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur. >・・・このラテン語原文は、実は、「学説彙纂」の第二巻第二章のタイトルなので、法典の中でも、特に位の高い位置に置かれています。このような命題が立てられたのは、ある法の制定者に、自らはその法に従うことをしない行動に出るようなことをさせないためでしょう。法の制定者が権力者である場合には、自身だけは、法規の設けている制約には縛られないように仕組むのは、ありえることですね。<Leges suum ligent latorem. >〔法律（法）が、その提案者を拘束するよう。〕という命題は、同趣旨の簡明な表現です。

(C)「法律(法)の力は、命ずること、禁止すること、許すこと、罰すること、というものである。」<Legis virtus haec est : imperare , vetare , permittere , punire .>(モデスティヌス)・・・平たく言えば、これは、「しなさい」、「してはいけません」、「してもよろしい」、「やったら、罰(不利益)を加えます」という内容になっています。もちろん、法は、一色に染まっているわけではなくて、刑事法規においては、法の「力」が強く、他方で、民事法規においては、それが比較的弱い、という程度問題が、あります。

(D)「私は、強迫されたが、(それでも、)欲した。」<Coactus (tamen) volui .>・・・「強迫された意思は(意思であっても)、意思である。」という読みかたは、内容に即した意識ですが、ラテン語の直訳では、「強迫された私は、(それでも)欲したのだ。」となりますね。「強迫」によって成立した法律行為を即座に「無効」扱いにするのか(タテマエ上の処理)、それとも、ワン・クッションを置いて、それを「取消」の対象にするのか(ホンネ上の処理)、につきましては、理論上も、実務上も、どれを採るかについて、選択がなされることになるでしょう。なお、<coactus>のところを直訳しますと、「強迫された私は」となりますが、結局、「私は、強迫されたけれども」となります。近代諸語においては、もう少し複雑な構文が登場してきますが、簡潔なラテン語の方には、何やら味がありますね。

(E)「共通の錯誤は法を作る。」<Communis error facit jus .>・・・「法」という概念を、どのような内容のものと受けとるか、また、「共通の」のところを、誰と誰との間でのこととするか、によって、この命題の適用範囲が、違ってきます。

< 3 1 > 分野別の格言一覧 : [Ⅲ] 人に関する法

(A)「婦女は家の終わりである。」<Femina est finis familiae .>(ウルピアヌス)・・・家長が死亡しますと、その家長権の下に服属していた家メンバーは、一挙に、ばらばらになって、それぞれ独立していくのが、ローマ家族法の基本ルールです。婦女(家長の妻、未婚の娘、実家の家長権に服したままの状態で他家の妻となっている娘)は、一家を創設する扱いになりますが、女性である、ということで、「家長」には、なれません。「家の終わり」というのは、そういったことを言いあらわしているのでしょう。男系社会の論理が、そこに現われていますね。

(B)「長期の不在は死亡と同視される。」<Absentia longa mortis aequipatur .>・・・タテマエ上の「死亡宣告」や「死亡推定」は、ローマには、ありません。もっとも、中世以降になりますと、一〇〇年とか七〇年とかの長期間、失踪していた人が、死亡したものと、推定する、というルールも、生まれてきています。

(C)「教会はローマ法に従って生きる。」<Ecclesia vivit lege Romana .>、「教会は人の地位を持つ。」<Ecclesia vicem personae obtinent .>、「教会は年少者の地位にある。」<Ecclesia fungitur vice minoris .>・・・キリスト教の教会は、宗教的にはもちろんのこと、人的にも

物的にも重要な社会的存在でしたから、このように、世俗の法との接点をしっかりと持っているのです。

(D)「相続人は、死者の不法行為(犯罪)に基づいて、責任を負わされるべきではない。」<Poenae ex delicto defuncti heredes teneri non debet.> (パウルス)・・・「家長の引きおこした法的な不祥事の責任は、その後続く相続人たちが、全体として負うものとする」という発想は、縦の「承継責任」を制度化したのですが、これは、生存している家長とその家子との、家長の不祥事についての、横の「連帯責任」と並んで、古い社会では、秩序維持の手法として、それなりの意味を持っていたかもしれません。しかし、この命題は、「家長の犯罪は、家長の死亡によって、追求不能とする」という、何やらモダンな発想の産物となっています。もっとも、これは、刑事の事案に関連するもので、民事の賠償責任については、家長の死後にも、相続を軸として、追求がなされることでしょう。

< 3 2 > 分野別の格言一覧 : [IV] 刑法

(A)「悪行がなされることがないように、罰が与えられる。」 ; 「悪行がなされたので、罰が与えられる。」<Punitur ne peccetur.> ; <Punitur quia peccatum.>・・・これらの表現の内の前者は、ローマの文人などの作品です。後者は、それとの対比において立てられた、後代産の命題でしょう。前者は「前向きの」の発想の産物で、後者は「後向きの」の発想の産物とも、言えますね。刑法の原点の一つは、「生じてしまった、よくないこと」の処理の仕方を予め明らかにするところにある、と見てよいでしょう。しかし、刑法には、「よくないこと」がなされないように、制裁を予め明示して、世間にプレッシャーを掛けておく、という役割も、あります。人を故意に殺害した人には、極刑(死刑)が科せられる事態もあることが、刑法に明記されていれば、重大な犯行に及ぶ人の数が減らせるかもしれないからです(もっとも、その可能性はそれほどないという、専門家の見解も、確かにあります)。それから、万引きのような「微罪(?)」でも、マスコミなどをフルに利用して、大々的に、きちんと処罰したことを世間に知らせることにより、「一罰百戒」を狙うことも、できますね。更に高度の技術としては、事前の相談や共謀などをしていいますが、まだ犯行に及んでいない人たちを、怪しい輩として、予防的に拘束したり、刑罰を科したりする手口までも、国家が用いる可能性も、ないわけではありません。さすがに、民主主義的な国家では、ここまでは進まないはずですが、私たちとしては、刑事制裁の流れが、その方向に行かないように、用心しておく必要も、あります。「テロ対策」という名目さえあれば、ちゃんとした法治国家においても、何でもできるのだ、といった思想・発想には、要注意ですね。

(B)「もし、自由身分に関する事案において、同数の裁判官の間で異なった見解が提示される場合には、自由身分に有利となるように判断されたことが、重んじられ、他方で、他の事案においては、被告に有利となるように判断されたことが、重んじられる。そして、そういうことは、刑事訴訟においても、重んじられるべきである。」<Inter pares numero iudices si dissimulatae sententiae proferantur in liberalibus causis, pro libertate statutum optinet, in aliis autem cau

s i s p r o r e o , q u o d e t i n j u d i c i i s p u b l i c i s o p t i n e r e o p o r t e t . > は、パウルの作品で、長文のものですが、学説法文となっています。世間では、表決（評決・票決）が同数になる現象は、しばしば生じますが（そのように微妙な事態になることを避けるために、奇数のメンバーが用意されることも、あるようです）、この法文では、まず、「自身が奴隷などではない」と申し立てる人が、本当に自由人なのか、実は奴隷なのか、を判定するときに、「判断が同数で割れているなら、自由人であるものとする」というルールが、明記されています。次に、民事関係の一般事案では、「被告に有利な取扱いをする」という扱いが、ルール化されています。最後に、本題の刑事問題についても、被告人に有利な取扱いをすることとして、無罪判決が導きだされることになるのです。< P a r i b u s s e n t e n t i i s r e u s a b s o l v i t u r . >（意見が同数ならば、被告人は無罪とされる。）が、いかにも格言らしい表現です。ここでは、刑事裁判の局面を想定して、訳を付けているのですが、「疑問の残る場合には、被告人に有利に取扱う」という大原則が控えているところでは、有罪の意見が九割に達していても、残りの一割の意味するところを重く見て、無罪の判定が出ることになっていますから、これと、ローマ法学者が立てたルールとの間には、格段の相違があるわけです。なお、一般論として、比較法的に見れば、採決が同数となったときへの対処法としては、「同数決定」という前向きのパターンと、「同数否決」という後向きのパターンも、あるのではないのでしょうか。

（C）「違法なこと（違法な事柄）に関わりあっている人には、不法行為から続いて生ずることが、すべて、帰せられる。」< V e r s a n t i i n i l l i c i t o (i n r e i l l i c i t a) i m p u t a n t u r o m n i a , q u a e s e q u u n t u r e x d e l i c t o . > 「違法なこと」には、民事的な「不法行為」と、刑事的な「犯罪」との二種がありますが、ここでは、おそらく、後者の事案が想定されて、格言が作成されているのでしょう。少なくとも、悪事とよくない結果との間に、因果関係がなりたつのならば、よろしくない行動に出た人物には、「結果責任」風の責任の取りかたをさせるのが、手間も掛からず、理にも適っている、と考えられたためでしょうか。

（D）「悪事においては、結果ではなくて、意思が考慮される。」< I n m a l e f i c i i s v o l u n t a s s p e c t a t u r , n o n e x i t u s , >（カッリストラトゥス）・・・刑事処罰を行なう際に、客観的なもの（結果）と、主観的なもの（犯行意思）とが合わせて問題にされるのですが、この法文命題の作者は、主観的な契機に着目する姿勢を示しています。犯行意思を明確に持ちながら行動に出たのですが、所期の結果がまったく出なかった人物の処遇には、いくつかのコースが、あるでしょう。また、犯人として捕らえられた人の主観面を重視するのか、犯行の客観面を重視するのかという、別のポイントも、重要ですね。

（E）「正に死のうとする人を救うことが可能なときに、その人を救わない人は、その人を殺すことになる。」< O c c i d i t , q u i n o n s e r v a t p e r i t u r u m , u b i p o t e s t , >（一五世紀の文人の作品）・・・これは、現代流に言えば、「不作為による殺人」を理論づける命題ということにも、なってきますね。民事でも刑事でも、人の「不作為」の責任を問うには、かなり深入りした議論をしていく必要があります。いずれにしても、このことについては、相当な理由＝根拠が確証されなければなりません。

（F）「恐怖がすべての人に及ぶようにと、刑罰が少数の人に科せられる。」< P o e n a a d p a u c o s , u t m e t u s a d o m n e s p

erveniāt「いっそう多くの人々が矯正されるように、ただ一人の人が、手続通りに、滅びる。」(シュルス) も、同じような趣旨のもので
す。「一罰百戒」は、私たち日本人に親しいものとなっている発想ですね。何より
も、手間が省けるところが、好都合です。しかし、それでは、規範のパワーが落
ちてしまいます。それに、運悪く罰せられた人は、不平等な処理に反感を抱くこ
とでしょう。

(G)「犯行を行なう人と、それに同意する人は、同等の罰を受ける。」<A g e
n s e t c o n s e n t i e n t e s p a r i p o e n a p l e c t
u n t u r . >これは、現代ではあまり見られないような、厳しい
処遇です。「同意する人」には、色々なタイプがあるでしょう。

(H)「事実の不知は弁解の口実になるが、各人が知るように義務付けられてい
る法の不知は、弁解の口実とはならない。」<I g n o r a n t i a f a c t i
e x c u s a t , i g n o r a n t i a j u r i s , q u o d q u
i s q u e t e n e t u r s c i r e , n o n e x c u s a t .
>「誰も、法律(法)を知らないものとは、考えられない。」<N e m o
c e n s e t u r i g n o r a r e l e g e m . >という考え方が、この
格言の基礎にあります。これらの格言は、国民には、自身の日常生活に関係のある
刑法を知っている義務があるので、ある事柄が実は法上禁止されていることを
知らずに、それを行なったとしても、人が故意責任を免れることはできない、と
いう趣旨のものです。しかし、刑法(刑事法)(タテマエ)を、すべて、全国民が
知っている、などという決め付けは、道理に合わないことでもありますので、現
実には(ホンネ上は)、そのような厳しい扱いにはならないように、されているの
ではないでしょうか。一方、事実を知らないことなど、しばしば生じてきます。
しかし、実のところ、「知っている」ことは証明しやすいのですが、「知らない」
ことを証明していくのは、かなり厄介なので、事実の不知を訴えて。責任を免れ
るのには、苦勞が伴います。

< 3 3 > 分野別の格言一覧 [V] 物権法

(A)「誰も、自ら、占有の原因を自身のために変更することはできない。」<N
e m o s i b i i p s e c a u s a m p o s s e s s i o n i s m u
t a r e p o t e s t . > (パウルス)これは、すでに共和政の後
期の法学者が定立していた、格の高い格言です。「誰も、自身だけの判断で、自身
の占有の原因を勝手に設定して、これにより、格の高い占有者になっていく、と
いうようなことは、できない。」という趣旨のものです。ある者が、物を預かった
り、賃借したり、使用貸借によって借りていたりした、とします。彼らは、「所持
者」でしかなく、格上の「占有者」では、ありません。その物の所有権者が死亡
してしまったとき、自身だけの判断で、一方的に、しかも、勝手に、問題の物に
関して、「相続人として」という権原を自身のために設定し、それにより、従来の、
弱い人たちの物保有の形態でしかない「所持」を、取得時効の重要要件となっ
ている「占有」に差し替えて、結局のところ、その物を時効取得してしまう(その
物の所有権者となる)、といったことは、許されないのです。ところで、「相続人
として」という状況については、説明が必要です。ある人が死亡したとき、その
家長権に服属する人がいれば、その人は、「自権相続人(家内相続人)」として、
直ちに相続を引き受けなければなりません。しかし、「家外相続人」の場合には、

相続を取得するかどうかは、彼の判断に委ねられていますので、どうしても、その決断までに、時間が掛かります。その中間期には、「休止相続財産」が出現するのですが、これは「無主物」扱いなので、誰かがそれを手にいれますと、早くも、一年後には、時効の完成により、正規の相続人へと昇格することができることになっているのです。

(B)「質の原因は不可分である。」<Pignoris causa indivisa .>・・・債権が一部弁済されることになっても、元々の質権はそのまま存続します。

(C)「質は自身の物については成立しない。」<Rei suae pignus non consistit .> (ウルピアース)

(D)「物が消滅すると、質は消滅する。」<Re extincta pignus perit .> (マルキアース)

(E)「質は質に与えられることができる。」<Pignus pignori dari potest .> (一三世紀の作品)

(F)「物は、その状況とともに、移転する。」<Res transit cum sua causa .>・・・債務者が担保物を他人に譲渡したとき、その物の取得者は、担保権の制約を受けたままで物を保有する状態に置かれます。担保権(質権)は、物権なので、硬い構造を持っているのです。特定の人と特定の人との間にだけなりたっている債権とは、格が違いますね。

(G)「時においていっそう早ければ、権利においていっそう強い。」<Prior tempore potior jure .>・・・質(抵当)を先に設定した人が、優先的に質物から弁済を受けることができますので、後順位の人には、実際に残りの物から弁済を受けられるかについて、不安定な状態に置かれることになります。質には、債権者に質物の占有が移される「占有質」と、その物が質権設定者の許に留められたままになっている「無占有質」との二種がありまして、後者は、後に「抵当」というように、区別して用いられるようになりました。質の場合と異なって、抵当が設定されたことは、外部には判らないことが多いので、不便が伴いますね。

(H)「法律(法)は、眠っている人々ではなく、目覚めている人々を、助ける。」<Leges vigilantibus , non dormientibus , subveniunt .>・・・自身の権利について無関心な人は、他人が、自身の物を占有して、時効取得してしまう結果になっても、仕方がないと、いうのです。しっかりと自身の物を管理している人だけに、法律(法)の保護が与えられるのですね。ところで、「時効は人間の保護者である。」という命題がありますが、これは、しっかりと占有している人には、時の経過により、その占有を所有に変えて貰う、という恩典が与えられることを、意味しています。その反面、「時効は不誠実な保護策である。」とも、言われます。所有者の意に反して、物の所有権が勝手に移転されてしまうからです。ローマ法では、僅か一年の占有継続によって、取得時効が完成してしまうケースが多いので、なおさら、そのように、批判されるのでしょうか。

(A)「合意は法律(法)を作る。」<C o n s e n s u s f a c i t l e g e m . . . >・・・この命題は、「合意は契約に法律(法)を与える。」、「契約の文言は契約の法律(法)である。」などととともに、「私的自治の原則」、「契約自由の原則」を明示していますが、しかし、以下に示すように、重大な制約が設けられています。「私人の合意によっては、公の法(強行法)は、一部廃止されることは、ない。」、「公の法(強行法)は、私人の合意によって、変更されることはできない。」、「公の法(強行法)は、私法に優先されるべきである。」、「公の法(強行法)は、私的なことに基づいて無分別に決定されてはならない。」なお、ローマ法には、強行法というタイプの法規は、比較的少ないように、思われます。

(B)「種類物は滅失しない。」<G e n e r a n o n p e r e u n t . . . >・・・「特定物は、債権者の不利益になるかたちで、滅失する。」(S p e c i e s p e r i t e i c u i d e b e t u r .)が、先の命題の対極に位置します。つまり、ここでは、債務者に責のない状態で、給付目的物が滅失してしまった場合には、債務者は、その物の給付義務を免れます。事変によって生じた滅失の不利益は、債権者の側が負担してくれるのです。これに対して、「一〇リットルのワイン」というような「種類物」は、代替性がある、別の物を給付することが可能ですから、そのような不利益は、債務者の側が、負担しなければなりません。難しい言葉で表現しますと、この場合、「危険は債務者が負担する。」となります。

(C)「使用貸借においては、『悪意に対して責が負われないよう』という、この合意は、有効ではない。」<I n c o m m o d a t o h a e c p a c t i o , n e d o l u s p r a e s t a t u r , r a t a n o n e s t . . . >(ウルピアヌス)・・・借主の側に「過失」が介在しても、責任が問われないようにして貰うことぐらいは、貸主との協議で、可能になるかもしれませんが、しかし、「悪意=故意」についてまで、免責されるように仕組む、というのは、あまりにも不条理である、と考えられているのでしょう。使用貸借(要物契約の類型に属するものです)が、無償で物を使用させるものだけに、なおさらのことです。

ここで、ついでに、いかにもローマ的とも言える「容仮占有(p r e c a r i u m)」について、触れておきましょう。使用貸借は、友人などの、横並びで繋がっている人への利益供与を内容としていますが、この容仮占有の方は、奴隷身分から解放された者(被護者)が、保護者(旧・主人)との縦の上下関係の中で、旧・主人所有の土地などを、利用したり、そこから収益を得たりさせて貰うところに、特徴があります。使用貸借には、期限の取り決めがありますが、こちらの方では、旧・主人が、いつでも好きなときに、利益供与を中止することができます。その点では、容仮占有には、弱点がありますが、しかし、法務官の発布してくれる「特示命令」を利用して、容仮占有者は、第三者の占有侵害から、その占有を保護して貰えるよう、自力で動くことができますので、彼には、安定的な地位を保障されています。もっとも、旧・主人の側からの侵害には、対抗できません。それは仕方のないことですね。このように、容仮占有というのは、法の世界と、極く日常的な世界との中間に位置する制度です。日本でなら、これが法の世界に取りこまれるようなことは、起こらないでしょう。地主が、小作人に、事実上、恩恵を施すかたちで、無償で、貸し与えているだけの場合には、法的な感覚がここに入りこむ余地など、まず、ありませんね。

(D)「危険は買主に属する。」<P e r i c u l u m e s t e m p t o r i s . . . >・・・「売却され、まだ引渡されていない物の危険は、買主に属する。」(パウルス)、「物は、買主に不利益となるかたちで、滅失する。」(パウルス)など

も、同類の命題です。「誰の責任にも帰せられないような性質の事由により生じた損害（経済的不利益）を、一体誰が負担することになるのか」という問題は、色々なところで発生してきますが、とりわけ、物の売買の際に、典型的に表面化してきます。売主と買主は、ある器具の売買契約を、ある日に締結します。そこでは、器具の引渡と代金の支払を、その日から三〇日後に実行する、という取決めがなされました。しかし、契約締結から一五日後に、落雷がありまして、その器具は滅失してしまいます。落雷は「不可抗力」の一つであり、それについて売主の責任が追求されることはありませんから、彼には、新たにその器具を引渡す義務も、損害賠償をする義務も、ありません。しかし、買主の側に売買代金を支払う義務が残っているのかどうか、については、問題があります。損害保険制度がかなり発達している現代では、その代金分の支払いを、保険会社に肩代りして貰える可能性もあるので、事態はリーズナブルに解決されますが、ローマでは、もちろん、問題の器具を手に入れることができないのに、代金の方は支払わされる買主には、不利益が降りかかってきます。このような状況に、買主が、理論上、常に置かれていることを、「危険は買主の側にある」という標語で示すことになっているのです。「リスクを負うのは買主だ」とでも言い換えれば、多少とも理解が容易になるでしょう。先の、パウルスという、二～三世紀の有力な法学者は、「売買目的物が、何であるか、どういう性質のものか、どれだけの量のものか、について確定した状態にあり、売買価格が決定され、何らの条件も付けられていないときに、売買契約は完成する。」と、言っていますが、このような枠組みが成立した時点で、問題の「危険」が、買主の許に発生することになるのです。もちろん、このような取扱いは、絶対的なものではなくて、別の発想もありえるでしょう。

（E）「約束は、すべて、『事態がこのようなものである限り』というようにしてなされたものと、了解されている。」<Rebus sic stantibus omnis promissio intellegitur.>（トマス・アクイナス）・・・現代法に、「事情変更の原則（sic rebus stantibus）」（ラテン語の語義に忠実に従うならば、「このような（同一の）状況が継続している限り」となりますから、「事情不変更の原則」の方が、原意に近いものです）がありますが、この命題のルーツの一つをこの格言の中に求めることが、可能でしょう。因みに、欧米の法先進国の場合とは異なって、日本では、およそ「約束・取決め」というものは、その時々的情勢＝事情に合わせてなりたっているのであって、環境が変われば、それは、また、新たに設定すればよいといった、軟構造のものと観念されているようです。国際取引では、「事情変更による契約改訂」を求める側と、それをまったく認めない側とが、激しく火花を散らす例が、あちこちで見られますね。

（F）「合意は、それだけで、義務付ける。」<Solus consensus obligat.>・・・ここには、現代の契約法において重要な位置を占める「諾成契約」の場合と同じ構図が、見られます。ローマ法上の契約類型には、「要物契約（合意だけでなく、物の交付が必要です）」、「言語契約（合意だけでなく、定型的な儀式文言を発することが、必要です）」、「文書契約（合意だけでなく、文書の作成が必要です）」と、この「諾成契約（どのような形式で表明されたかを問わず、とにかく合意が存在すれば、それだけで、契約成立となります）」の四タイプが、あります。儀式・形式・方式の縛りから自由なスタイルで、契約が生みだされる、という仕組みは、とてもモダンですね。ローマ法が後代にそのまま受け入れられた要因の一つに、「進化したローマ契約法」の存在がある、と考えてよいでしょう。その「諾成契約」の内訳は、「売買」、「賃約（賃貸借・雇傭・請負）」、「委任」、「組合」です。

（G）「三人は団体を作る。」<Tres faciunt collegiu

m . . . > (マルケッルス)・・・「団体 (c o l l e g i u m)」の多くは、公法上もしくは神法上の団体です。「三人」という数は、いかにも少ないのですが、彼らローマ人には、「三」は「多数」の始まりと、受けとられていたのでしょう。

(H)「重過失は悪意と同視される。」<C u l p a l a t a d o l o a e q u i p e r a t u r . . . > (ケルスス：ネラーティウス)、「大きな過失は悪意である。」(M a g n a c u l p a d o l u s e s t . . . > (パウルス)、「大きな不注意は過失である。大きな過失は悪意である。」<M a g n a n e g l i g e n t i a c u l p a e s t . M a g n a c u l p a d o l u s e s t . . . > (パウルス)、「未熟練は過失に数えられる。」<I m p e r i t i a c u l p a e a d n u m e r a t u r . . . > (ガーイウス)・・・これら四つの命題を総合しますと、過失と悪意(故意)の関係が見えてきますが、それでも、具体的なものの見方をばらばらに展開することの多いローマ法学者の構想の段階では、<クルパ(c u l p a)>論は、まだ十分には整理されていません。原田慶吉氏の「ローマ法」(有斐閣)の一六五頁には、次のような説明がなされています。「ユ帝法(ユースティアーヌス帝の法)に於ける帰責事由は次の如く分類することを得る。」という前提で、(広義の：筆者個人の註)過失には、悪意と(狭義の)過失の区別があり、次に、この過失には、重過失と軽過失の区別があり、最後に、この軽過失には、抽象的軽過失と具体的軽過失の区別がある、というような分類法が明示されています。

(I)「利害関係があるということは、単に、加えられた損害からだけではなくて、失なわれる利益からさえも、構成される」<I d , q u o d i n t e r e s t , n o n s o l u m d a m n o d a t o c o n s t a t , s e d e t i a m l u c r o c e s s a n t e . . . >・・・いわゆる「逸失利益(失なわれる利益=l u c r u m c e s s a n s)」も、ローマの損害賠償法では、考慮されます。「定型的・定額的な賠償額」から、「型にはまらない、実質的な計算によって割りだされる賠償額」への流れは、極く自然なものでしょう。

(J)「利息の利息が、いかなる方法によっても、債務者から請求されないよう。」<N u l l o m o d o u s u r a e u s u r a r u m a d e b i t o r i b u s e x i g a n t u r . . . > (「勅法彙纂」)・・・現代では、銀行などの定期預金の利息分は、元本に繰りいれられて、利息が付きます。、ローマでも、制限つきではありますが、「利息の利息」という仕組みは、存在していたようです。経済の論理からしますと、これは当然の現象と見るべきでしょう。表題の「複利禁止」のルールは、「利息」の歴史の最終段階に登場してきたものかもしれません。

(K)「組合は、兄弟関係の法を、ある程度は、自身の中に持つ。」<S o c i e t a s q u o d a m m o d o j u s f r a t e r n i t a t i s i n s e h a b e t . . . > (ウルピアーヌス)・・・「組合」は、複数の相続人によって構成される財産共同体に起源を持つ、人の集合体のことですが、後には、営利を目的とする、いわばドライな、人の結合の形態(現代風に表現するなら、会社・企業)が、その中核となりました。この点に関連して、「私の組合員の組合員は、私の組合員ではない。」(ウルピアーヌス)という命題が、あります。つまり、身内の間の繋がりではなくて、垢の他人の間の繋がりしか、ありません。「私の相続人の相続人は、私の相続人である。」というような濃密な人間関係は、ここには、なりたっていないのです。それでも、先の格言に見える「兄弟関係」という言葉が示しているように、組合を特別なものと受けとめる、伝統的な考え方が、後代にまで、残りました。組合が解散するときには、清算をめぐってトラブルが

発生して、その解決が訴訟の場にまで持ちこまれることも、少なくないのですが、そこで敗訴した元・組合員は、信頼関係を傷つけた、ということで、「破廉恥」の烙印を押されてしまいます。これは、法的にも、重い処分となりました。それでも、敗訴して金銭の支払いを命じられた元・組合員人は、「彼がなすことができる限りで」（つまり、最低限の生活ができるようにして貰って）、責任を果たすことが、許されています。普通の債務者なら、自身の身体によってまで、責任を負わなければなりませんので、これは大きな特例となります。ここに、元の「仲間意識」が、反映しているのですね。

< 3 5 > 分野別の法格言一覧 [VI] 訴訟法

（A）「法務官（裁判官）は些事を考慮しない。」<M i n i m a n o n c u r a t p r a e t o r . >・・・「法律（法）は、些事については、考慮しない。」も、同様の趣旨の命題です。前者は「ホンネ的な言いかた」で、後者は「タテマエ的な言いかた」に、なるでしょう。

（B）「訴権なしに訴える人は、法廷の入り口から追いかえされる。」<A g e n s s i n e a c t i o n e a l i m i n e j u d i c i i r e p e l l i t u r . >・・・法的な不満を当局に持ちこむ人に対して、法務官が、訴権を付与してくれなければ、訴訟の手段を利用するチャンスは、彼には与えられません。

（C）「抗弁を提出する人は、自白しない。」<Q u i e x c i p i t , n o n f a t e t u r . >・・・ローマ法の「抗弁（e x c e p t i o）」は、独特の、重要な制度です。これについて、少し説明しておきましょう。

（a）「抗弁」とは、ローマの、古めかしい「法律訴訟手続」に続く、第二の民事訴訟手続である「方式書訴訟」の場でとりわけ威力を発揮する、法務官の創造物です。毎年交代する、高級政務官である彼の背後には、法学者が控えていて、専門的なアドバイスをしています。抗弁の開発はその成果でしょう。

（b）英語の< e x e p t i o n >（例外・抗議・物件除外約款）が示しているように、抗弁は、私人審判人が有責判決を下す際の条件＝要件の「例外」を示す条項です。

（c）法務官は、原告に対しては、権利実現のための手段として、「訴権」を付与してやりますが、ときには、被告に対して、防御の有力な手段として、「抗弁」を付与してやるのが、あります。これは、彼の裁量行為に属します。

（d）抗弁の中に見える「事実」は、被告の方がきちんと証明していかなければなりません。彼は、被告なのに、原告のような立場に立つことになります。

（e）法務官は、旧来の市民法を厳格に適用することによって、不都合な結果が導きだされるのを見てとって、それが生じないように、職権で抗弁を方式書の中に挿入すること、あるのです。

（f）かなりの場合、抗弁に関わりを持つようなタイプの訴訟の主戦場は、本来の請求の正しさを吟味するところではなくて、抗弁によって明確に示された「条件部分」を吟味するところに、あります。

(g) それでは、方式書のモデルに即して、先の説明を補足してみましょう。

「もし被告が、原告に、一万金を与えること（具体的には、たとえば、借金を返済することです）を要することが明らかならば、」・・・これは「請求の表示」の部分です。

「しかし、もし、原告と被告の間に、その金銭は請求されてはならない、との合意がなされていないならば」・・・これが問題の「抗弁」の部分です。被告は、敗訴しないためには、「不請求の合意」がちゃんと存在したことを立証していかなければなりません。ここが最大のポイントです。

「審判人よ、被告が、原告に、一万金について責あるものと判決せよ。もし明らかでないならば、免訴せよ。」・・・これは「判決権限の付与」の部分です。

先の「抗弁」は、具体的な事情を指示していますが、更に進んだ抗弁のタイプとして、一般性を具えた「悪意の抗弁 (e x c e p t i o d o l i)」というものが、あります。「もしこの事件について、何事も原告の悪意により、なされたことがなく、また、なされることもないとすれば」という文言が、この抗弁です。前者は、「訴訟以前に存在した悪意」を、そして、後者は、「訴えの提起それ自体によって生じてくる悪意」を、それぞれ示しています。過去の時点のものと、現在の時点のものとを併せもつこの抗弁の開発により、抗弁が利用される範囲が、大幅に増えました。法務官は、このようにして、私法規範の本体には手を付けずに、訴訟の現場で、法的な対応を手直ししてほしい、という時代の要請に柔軟に 대응していったのです。

(D)「誰に利益か（誰に利益となったか）？」<C u i b o n o (f u e r r i t) ? >・・・「利益のあるところに、犯人がいる。」というラテン語の命題がありますが、このような決め付けかたには、用心も必要です。犯行から、直接的・間接的に利益を得る人は、よく考えてみれば、少なくないことが判るからです。捜査当局は、「素行論（犯罪に繋がるような、よろしくない挙動や前歴がないかを問題にする発想）」の線と合わせて、この「動機論（犯罪によって何か利益を得る人物はいないかを問題にする発想）」の線から、犯人探しをスタートさせることも、あるでしょう。身の周りの人が次々に死亡して、多額の保険金を何度も手にいれた人物は、当局からマークされても、仕方がないですね。もちろん、昨今では、自身にはっきりとした「利益」などなくても、無分別に犯罪を犯す人物もいますから、話はそれほど簡単ではなくなってきました。

(E)「判決は真実と考えられる。」<R e s j u d i c a t a p r o v e r r i t a t e a c c i p i t u r . >（ウルピアース）・・・民事においても、刑事においても、実のところ、判決は揺れうごく存在です。最高裁を含めた三度の本審において確定した死刑判決が、再審において覆えされることで象徴されるように、各段階の「判決」は、「それなりの真実」・「カッコ付きの真実」を示すものに過ぎない、というように限定的に受けとめておくのが、理に適った態度と言えるでしょう。

(F)「事物それ自体が語る。」<R e s i p s a l o q u i t u r . >（キケロー）・・・これは、訴訟においてある事物を提示した場合には、それ自体がそれなりに何らかのことを明示してくれるので、とりたてて訴える側が証明していく必要もなくなる、といった趣旨のことを言いあらわしています。しかし、そもそも、「事物」というものは、確かなようで、実は危うい存在でもあります。人が、主観的に、事物を読みこむことも、場合によっては、必要になってくることでしょう。「事物」だけではなくて、いわゆる「事実」も、「真実」を常に示しているわけではありませんから、ここでは、できる限り客観的な分析を念頭に置

きながら、対象に立ちむかう姿勢が、求められるのではないのでしょうか。

(G)「金銭のかたちで何も持たない人は、身体で償うよう。」<Qui non habet in aere, luat in corpore.>・・・ローマ法では、原則として、民事の有責判決は、すべて、金銭に評価するかたちで、課せられますが(現物給付など、できない仕組みになっているのです)、資力(金)のない人は、自身の身体的な働きによって、債務額を返済していかなければなりません。それができなければ、極く古い時代には、彼が奴隷の身分に陥ってしまうことさえも、ありました。

(H)「同一のものに関して、訴訟が二度ないよう。」<Bis de eadem re ne sit actio.>(ガイウス)・・・いわゆる「一事不再理」のルールが示されています。民事訴訟においては、ローマ法特有の「訴権消耗」の論理により、再訴は理論的に不可能になっています。なお、「上訴」は、もちろん再訴ではありませんが、ここでついでに申しますと、共和政時代のことに関する限り、民刑事ともに、第一審で確定です。帝政時代に入りますと、現代の上訴制度の元となるような「上訴制」が、形づくられていきます。後代には、<Ne bis in idem (crimen judicetur.)>(同一のこと(犯罪)については、再度、(裁かれ)ないよう。)という、簡潔な命題も、生まれています。

(I)「和解は訴訟への不安である。」<Transactio est timor litis.>・・・「和解は、判決されたことに代わるようなものである。」というラテン語の命題も、あります。これを前提として、表題の命題を読み解いてみましょう。民事訴訟(民事裁判)において、裁判官は、原告と被告の両者の主張や証明を聞き比べて、判断を下します。最も極端なモデルケースでは、裁判官が、いわば「灰色」状の五一対四九の僅差の下で、一方の言い分に分があるものと判断すれば、いわば「白黒」状の一〇〇対ゼロにかたちで、決着を付けてしまうことになります(アメリカではこういう言いかたがしばしばなされますが、日本では、七〇対三〇ほどの、格差のある相対値が得られなければ、裁判官の心が動かないとも、漏れ聞きます)。もちろん、それで確定というわけではなく、上級審では、先の五一の方が四九へとダウンして、逆転判決が生ずることも、ありましよう。しかし、後述するように、「和解」では、巧くいけば、ときには、両者ほぼ引き分けのかたちで、あまり刺激的ではなく、穏便に、それなりに理屈の通った、まずまずの解決策を見いだすことも、可能になります。「喧嘩両成敗」とはまったく局面の違う話ですが、ここには、日本人特有の(?)「バランス感覚」の匂いも、しますね。

このような裁判の仕組みをよく知っている人なら、特定のジャンルに属する事案でなければ(たとえば、どうしても、「白黒」という、きっぱりした決着を付けなければ、事が収まらないといった場合ではないのなら)、訴訟の手段に訴えることへの不安から、思いきって、どこかの段階で、和解の道も探る方向へ舵を切ることも、ときには、あるでしょう。筆者個人の考えからすれば、「訴訟」は、「タテマエ」が取りしきる世界であり、他方で、「和解」は、「ホンネ」にも市民権が与えられている世界です。それぞれに、メリットとデメリットがありますが、それらを総合的に弾きだして行動を選択するという「ソロバン勘定」の能力が、問われるところですね。

「和解」というのは、「裁判外紛争解決(Alternative Dispute Resolution=ADR)」と総称されている紛争解決手段の一つで、現在ではかなりお馴染みになった「調停」とも性質的に繋がってくるシステムです。なお、同じようにそのADRに属する「仲裁」は、一般人の間ではあ

まり知られておらず、利用も少ない制度です。

ここでは、簡易裁判所と家庭裁判所で行なわれる、身近な「調停」につきましては、あまり触れないことにして、「訴訟」と「和解」が密接に絡みあっている「訴訟上の和解」についてだけ、少し解説を試みてみます。まず、一方の提訴によって訴訟がスタートします。これは、「表」の世界における、一種の「宣戦布告」で、相手方に、ショックやプレッシャーを与えるのに十分なアクションです。しかし、審理が進む段階で、訴え手（原告）自身の方に全面的な「理」があるとも言えなくなったり、自身に有利な証拠を説得的に押しだせるかについて問題があったり、金・時間・手間などの点で権利主張のコストが掛かりすぎる、というソロバン勘定もあったりして、原告が、少し「攻め」の態度を和らげ、「名（タテマエ）をいくらか捨て、実（ホンネ）をしっかりと取る」作戦を受けいれてくれるような和解の道もあるかもしれない、と考えるようになることも、あるでしょう。そのとき、裁判官に対して、和解を取りまとめてくれるよう、申出ることが、可能です。被告とされた人には、また違った思いも、当然存在しますが、裁判長の働きかけがあれば、原告の和解申出に、同調するかもしれません。もちろん、被告の方から和解の申出がなされることも、あるでしょう。それ以外に、当事者のイニシアティブに依らず、裁判官独自の判断で、彼が和解を勧告するケースも、かなりあるのではないのでしょうか。ここには、「お上の勧め」ということで、受けいれられやすい要素も、確かにありますね。彼は、審理の過程で、事案の中身をそれなりに客観的に把握しているはずなので、事案の「落としどころ」を心得ている人物だからです。一人あたり、年間三〇〇件近くの新事件を抱えさせられている裁判官にしてみれば、「和解で一発解決」というのは、最高裁の人事評価＝勤務評定において、プラスのポイントにもなりますので、「和解」を成功させるかどうかは、裁判官にとっても、かなりの関心事ななのです。その昔には、「和解判事になる（なり下がる）なかれ！」といった気風が彼ら裁判官の間で支配的でしたが、今や、「和解推進派（ホンネ派）」の裁判官の方が、「昔かたぎの（タテマエ派の）」裁判官よりも、密かに勢力を拡大してきているのではないのでしょうか。

実を言うと、こういった「色分け」は、裁判官先生に対して失礼かもしれませんが。彼らは、間違いなく、事案それ自体に、真正面から、真剣に向きあって、個別的・具体的に、民事紛争を合理的に処理する任務に就いていますので、「裁判官の体質」とかいった一般的な括りかたをして物事を論ずることには、大いに問題が、あるからです。

二〇一二年の私法統計によりますと、全地方裁判所の通常既済事件の中で、判決のかたちで終結した事件（欠席判決のケースは、除きます）が四万七三六四件であるのに対して、訴訟上の和解で解決した事件は、五万七三六八件にも、なっています。一〇年ほど前には、両者はほぼ同数でしたが、二〇一四年現在において判明しているその比は、一〇対一二ぐらいで、「和解コース」の優勢が遂に確立されました。ひょっとすると、この「比」は、時とともにもう少し拡大していくかもしれません。私たち日本人が、争いの場においてさえも、「和」というものを求める心情は、無視できない力を持っているからです。

（完）

二〇一四年一〇月

七八才の誕生日を前にして

「ローマ法の語り部」 柴田光蔵



上に示してある、とてもメリハリの利いた、白黒のモザイク製の小さな人物像は、元々は、現在のローマのテルミニ駅の北側にあった「ディオクレティアヌス浴場」の廃墟のところに、後代になって建築された「国立博物館（テルメ博物館）」の入口の辺りに展示されていたものですが、最近になって、郊外の新博物館に移管されてしまいました。入館したばかりの人の眼を直ぐに釘付けにする、この異形の作品は、その位置にあってこそ、印象的なのですが、新しい居場所では、ほとんど目立たない存在となっているでしょう。

このモザイクは、ローマ本市から発する「アッピウス街道」沿いに建っていた、とある有名貴族のヴィッラ（別荘）の、サロンの床に埋めこまれていました。一八六六年の発見物です。これは、「猛犬に御注意！」という絵柄の、あのポンペイ遺跡から出土した有名な犬のモザイクと同様に、ゲストを迎えるための、洒落た小道具の一つなのでした。

まず、なぜ、筆者が、「ローマ法の語り部」の「語り」としては最終作に当たる、この「 로마ホペ디아・第三部」の末尾のところに、この「訳あり風の」図柄を添えたのかについて、至って個人的な説明を、いくらかさせていただきます。筆者は、今から五二年前の一九六二年から一九六四年に掛けて、言語学を専攻する妻とともに、ローマ大学で在外研究をさせて貰っていたのですが、その時期に、最も心に強く焼きつけられた古代作品は、この作品と、「ヴィッラ・ジュリア（エトルスキ博物館）」にひっそりと展示されていた、仲のよい夫婦が寄りそって横向きに座っている像（その下には「お棺」が繋がっています！）の二つです（后者の「お仲間」は、パリのルーブル美術館にも、陳列されています）。筆者は、どう見ても、バリバリの「前向き」人間なのですが、そういうところもあってか、既に、二五歳の時点で、不思議なことに、「死」というものを遠望していたような気がいたします。ですから、ある意味では「幸せな死」も暗示するようなところもある、これらのイメージに、心惹かれたのかもしれません。

さて、問題の「モザイク」に見える人物の身体の下には、御覧のように、「汝自身を知れ！」という意味を示すギリシア語が刻まれているのですが、これは、紀元前六〇〇年頃のギリシアの哲人・タレースが語った言葉として、その筋では、今でも、とても有名です。彼は、ギリシアの「七賢人」の一人で、問題の言葉は、世に名高い神託所であるデルポイのアポロン神殿に掲げられていました。ギリシアかぶれのローマ人も、このフレーズを知るようになって、遊び心で、ちゃっかりとこれを借用したに違いありません。ただ、この名言についてのローマ人流の解釈は、おそらく、「人生は短いから、生きている内は、大いに楽しみたまえ！」というものだったでしょう。日常的に、しばしば宴席を設けていた上流層の人々は、骸骨の姿が彫りこまれた酒盃を用いながら、平均して五〇年にも達しない短い人生を、必死になっ

て謳歌していたのです。因みに、比較的よく知られたラテン語の格言に、<Memento mori.>（死ぬことを記憶せよ。）[メメントー・モリー]というものがあります（「生命あるものには、必ず死滅する時がある」ことを意味する「生者必滅」も、同様の意味合いの表現でしょう）。ラテン語で、「人間」のことを、「死ぬべきもの」といったニュアンスで、<mortalis>（英語にも<mortal>という言葉があります）と言ひあらわす表現法がありますが、このことから察せられるように、ローマ人は、ギリシアの哲人の「汝自身を知れ！」の命題を、「死すべき運命にあることを、自覚せよ！」というように、即物的に捉えて、生と死の狭間に横たわる人間のイメージと、タレース先生の教えとを、直結させたのでしょう。機智に富んだローマ人なら、これ位の細工は、朝飯前だったに違いありません。

ここで、この場面について、筆者流の読み解きを試みてみます。この方は、「死者」ではありません。身体には、肉がちゃんと付いてますし、お首が、しっかりと、「生者」であることを自己主張しているからです。それに、手の指は、とても繊細で、生き生きとしていますね。横になっているのは、宴席における食事の際の、極く普通のスタイルですから、これには、特別のニュアンスなど、ありません。「炎」がすぐ下にまで迫っているのは、「生」と「死」が接していることを、暗示しています。人体の骨組を強調しているのは、「人は死すべき存在である」ことを、冷酷に教えるものですね。ローマでは、土葬の他に、火葬も、ありましたから、この「火」の姿はとてもリアルな存在なのでした。この「炎（業火）」の部分があれば、この構図は、パンチに欠けたものになってしまいますね。なお、この人物が「草原に横たわった遺骸」であると、見る人もいるようですが、筆者はその解釈は、とっていません。

さて、ローマ人とは違って、タレース先生は、間違いなく、もっと高尚なことをおっしゃっていたはずですが。その御言葉の受けとめかたは人さまざまでしょうが（神の御託宣である「神託」というものは、常に、このように、あまり内容のはっきりしない言葉で与えられていました）、筆者個人としては、「君は、自身が実は何も知らないのだ、ということを悟りたまえ！」という厳しいニュアンスや、もう少し「戒め」を緩めて頂くことにして、「君が一生掛かってできることなど、しれているということ」を自覚して、励みなさい。」という優しさに溢れたイメージを、ここから汲みとりたいと、思っています。実際のところ、「ローマ法」というのは、古代はもちろんのこと、中世、近世、近代をのし歩いてきた「巨象」のような存在でして、二〇世紀の、極東の国「日本」の住人である筆者などは、その「しっぽ」にしがみついているようなものですが、それでも、自身では、これまでの五五年の研究生活の間に、二〇冊ほどの本と、十数本の学術論文しか書けなかったにしても、「過去」と「未来」の橋渡しをする使命を帯びた「ローマ法の語り部」（もちろん、これは、私自身が、勝手に、そのように思っているだけです）としては、それなりに、自ら納得のいく仕事をさせて貰ったと、今、思っています。「本」は、やがて消えうせる運命にありますが、しかし、「電磁的情報」は、永遠に不滅です。これら「ロマホペディア」の三部作は、これからも、筆者になり代わって、情報を発信しつづけてくれることでしょう。二〇一四年一〇月の段階で、実に四七〇〇回ものアクセスが「ロマホペディア」にあった、という実績には、驚きとともに、素直に感動も、覚えています。最後になりましたが、まったくのパソコン初心者に過ぎない筆者が、身近な妻・信子を初めとして、実に多くの方々の御助けや御導きにより、ここまでこ来られたことに、心から感謝させていただきます。本当に有難うございました。これを、依然として、「己を知る」ほどの境地に達していない筆者の、ひとまずの（？）「最後の言葉」とさせていただきます。（二〇一四年一〇月一七日 記）